Fitting

Ueber den

Begriff der Rückziehung.

Von der Juristenfacultät
an der
Ruprecht-Karls-Universität zu Heidelberg
genehmigte
Habilitationsschrift
von

Dr. Hermann Fitting.

Erlangen.

Verlag von Andreas Deichert.

1856.

Druck der Adolph Ernst Junge'schen Universitätsbuchdruckerei.

Vorwort.

Die vorliegende Abhandlung ist entstanden bei der Ausarbeitung einer Schrift über die Rückziehung der Bedingung und sollte nach dem ursprünglichen Plan einen Teil derselben bilden. Mehrfache Gründe haben mich bestimmt, diesen Plan zu verlassen und dies Werkchen gesondert der Oeffentlichkeit zu übergeben. Zunächst die bald gewonnene Erkenntniß, daß der Gegenstand eine selbstständige Wichtigkeit habe und daher eine umfassendere und eingehendere Behandlung verdiene, als ich sie ihm im Zusammenhange jener größern Schrift hätte widmen können. Dann aber wollte ich auch schon jezt das Urteil einsichtsvoller Männer über die hier gewonnenen Ergebnisse vernehmen. Dieselben bilden die Grundlagen, worauf meine ganze Ansicht von der Rückziehung der Bedingung ruht. Jede Berichtigung eines in diesem Schriftchen untergelaufenen Irrtums wird deshalb geeignet sein, mich bei meiner größern Schrift vor weitergehenden Irrtümern zu bewaren. Aus dieser Rücksicht wünschte ich denn auch namentlich, es möchte jenes Urteil nicht allzu lange auf sich warten lassen, und es möchte sich in recht eingehender Weise über die von mir aufgestellten Ansichten verbreiten. Ich glaube sogar auf ein eingehenderes Urteil einen gewissen Anspruch zu haben, indem meine Ab-

handlung nicht die Geburt des Augenblickes, die Arbeit einiger weniger Wochen, sondern die Frucht langer und teilweise sehr mühsamer Studien ist. Die Schwierigkeit lag hauptsächlich in dem Mangel fast aller Vorarbeiten, so daß ich mich beinahe ausschließlich auf die Quellen beschränkt sah. Aber auch außerdem darf ich mir das Zeugniß geben, mir die Arbeit nicht gerade leicht gemacht zu haben. Namentlich wollte ich nichts niederschreiben, dessen Richtigkeit ich nicht zuvor an den Quellen geprüft, und so erklären sich auch die vielen Quellenbelege selbst für Säze, die niemals bezweifelt worden sind. Ich mag in dieser Hinsicht Manchem des Guten zu viel gethan zu haben scheinen. Aber ich wollte lieber den Vorwurf des Zuviel als des Zuwenig auf mich nehmen.

Schließlich bemerke ich, daß es mir unmöglich gewesen ist, den Druck persönlich zu überwachen. Darin mögen untergelaufene Druckfeler ihre Entschuldigung finden.

Indem nun meine Schrift in die Oeffentlichkeit hinausgeht, bitte ich für sie um die wohlwollende Aufnahme, deren der noch Unbekannte immer bedarf, die ich aber hier um so mehr in Anspruch nehmen muß, als ich gewagt habe, an Säzen zu rütteln, die sich ganz allgemeiner Billigung erfreuten, und an deren Stelle andere zu sezen, für die ich nur meine eigene Ueberzeugung und, wie ich glaube, die Quellen zur Stüze habe.

Heidelberg im Juni 1856.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

Es ist gewiß eine der wichtigsten und interessantesten Fragen in der ganzen Rechtswissenschaft, ob und inwieweit der erfüllten Bedingung eine rückwirkende Kraft zuzuschreiben sei. Schon unter den großen Rechtsgelehrten des sechzehnten Jahrhunderts wurde darüber lebhaft verhandelt, und in unsern Tagen ist der Streit aufs neue wieder angeregt worden. Zur Entscheidung dieses Streits will die vorliegende Schrift eine Vorarbeit liefern. 1. Zweck u. Rechtfertigung.

Wenn man nämlich die Frage, ob bei den Bedingungen eine Rückziehung stattfinde oder nicht, mit Aussicht auf Erfolg erörtern will, so muß man sich offenbar vor Allem die andere vorlegen und beantworten: worin denn überhaupt das Wesen der Rückziehung bestehe? Dazu gehört aber namentlich auch eine genaue Untersuchung der Wirkungen, welche das römische Recht an die Rückziehung knüpft, und diese Untersuchung ist hier um so unumgänglicher, als wir nur dadurch sichere Anhaltspunkte zur Feststellung des Verhältnisses nach erfüllter Bedingung gewinnen können. Denn unsere Quellen nach ihrer eigentümlichen Beschaffenheit enthalten darüber nirgends einen vollkommen unzweideutigen Ausspruch, sondern sie geben, wie gewöhnlich, nur eine Reihe von Entscheidungen, uns überlassend, von den Wirkungen auf die Ursache, von den einzelnen Erscheinungen auf das allen gemeinsame Gesez zurückzuschließen.

So sehr dies auf der Hand liegt, so hat man doch bisher weder über den quellenmäßigen Begriff der Rückziehung, noch auch über deren quellenmäßige Wirkungen irgend eine genauere

Untersuchung angestellt[1]. Man möchte geneigt sein, dies aus der Einfachheit der Sache zu erklären; man möchte den Begriff der Rückziehung für zu klar, die daraus fließenden Folgen für zu selbstverständlich erachten, als daß es irgend einer besondern Erörterung bedürfte. Allein man nehme nur eines unserer Lehrbücher oder eine Schrift über Bedingungen zur Hand, und man wird sich leicht überzeugen, wie sehr noch gerade hier die Ansichten auseinanderlaufen. Blos in einem einzigen und dazu nur dem allerallgemeinsten Punkte findet sich eine Uebereinstimmung. Es wird nämlich von jeher und fast durchgängig die Rückziehung der Bedingung als eine Rechtsdichtung dargestellt, wonach die Wirkung, die erst durch die Erfüllung der Bedingung erzeugt wird, und von welcher daher auch eigentlich erst von jetzt an die Rede sein könnte, zufolge einer eigentümlichen Vorschrift des römischen Rechts schon in die Vergangenheit auf die Zeit des Geschäftsabschlusses zurückzubeziehen ist[2]. In allen übrigen Punkten dagegen herrschen die größten Meinungsverschiedenheiten. Daß das bedingte Vermächtniß vor Erfüllung der Bedingung nicht auf die Erben des Vermächtnißnehmers übergeht, daß auch

---

1) Bei älteren Schriftstellern findet man ein Werk von Joh. Bapt. Costa: De Retrotractione angeführt. Leider war mir dasselbe nicht zugänglich, ich kann daher nicht sagen, ob und inwiefern es, was ich übrigens vermute, Bezug auf unsern Gegenstand hat. Jedenfalls ist die Schrift heutzutage völlig unbekannt und unbenuzt.

2) Da es sich hier in der That um eine mit wenigen Ausnahmen allgemeine Darstellung handelt, so will ich nur einige von den Schriftstellern namhaft machen, bei denen diese Auffassung am deutlichsten hervortritt. Hierher gehört: Donellus ad L. 78 pr. D. de V. O. not. 3 in fin. (Opp. omn. Lucae 1767 t. XI, p. 1299); Brusselius: De conditionn. Lovanii 1560; Lib. II, tit. 3 §. 1; Casp. Ziegler (praes. Richter): De conditionn. (1655) §. 128 (In Disceptat. select. Lips 1712, p. 1143; — auch in Richter: Velitat. academ. Jen. 1667, Nro. 35); Ravensberg: Opusc. de conditonn. Jen. 1752, cap. 6, §. 1. (R. hat hier wie an andern Orten Ziegler wörtlich ausgeschrieben). Von neuern Schriftstellern: Glück: Erläut. der Pand. Bd. 4 (Aufl. 2) S. 490 a. E., 493 a. E., 496 f. endlich S. 504; namentlich aber Thibaut: Syst. des Pand.-R. (8te Ausg.) §. 92 und Savigny: System Bd. 3, S. 150. Ganz besonders ausgeführt ist die Darstellung bei Wilh. Sell: Ueber bedingte Traditionen. Zürich 1839; bes. S. 3 ff., S. 100 f.

dessen Gewalthaber das Vermächtniß nur erwirbt, sofern beim Eintritt der Bedingung das Gewaltverhältniß noch fortdauert: diese Säze sind den Einen der entscheidende Beweis, daß bei bedingten Vermächtnissen keine Rückziehung der Bedingung stattfinde. Andere sehen darin nichts mit der Rückziehung Unverträgliches und berufen sich umgekehrt für die Rückziehung auch bei Vermächtnissen, darauf, daß bei dem bedingten legatum per vindicationem die inzwischen vom Erben getroffenen Verfügungen mit Erfüllung der Bedingung von selbst zusammenfallen. Nach den Ersten dagegen sezt dieser Umstand durchaus nicht nothwendig die Annahme einer Rückziehung voraus. Viele endlich sprechen wegen der Rückziehung der Bedingung die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte dem bedingt Berechtigten zu. Nach Andern kann auch das umgekehrte Verhältniß ganz gut neben der Rückziehung bestehen.

Diese Beispiele ließen sich leicht noch vielfach vermehren. Allein es genügt an dem Angegebenen, um zu zeigen, auf wie unsicherem Boden wir hier noch stehen. Dazu kommt, daß jene Rechtsdichtung selbst, wie man sie insgemein in der Rückziehung der erfüllten Bedingung erblickt, in der Gestalt, in welcher sie auftritt, gewiß auf Natürlichkeit keinen Anspruch machen kann. Denn wir hätten hier eine Wirkung vor der Ursache, einen wahren filius ante patrem, wie er bisher nur in der Pflanzenwelt zu finden war. Es ist schwer zu begreifen, wie das römische Recht zu einer solchen Sonderbarkeit hätte kommen sollen.

Unter diesen Umständen bedarf wol der Versuch keiner weitern Entschuldigung, an die ganze bisherige Ansicht von der Natur der Rückziehung bei den Bedingungen einmal den Maßstab unserer Quellen anzulegen und aus andern Fällen, in denen dieselben mit klaren Worten eine Rückziehung anerkennen, den eigentlichen Begriff, den sie mit der Rückziehung verbinden, und die Folgen, die sie daraus ableiten, zu ermitteln. Ein solcher Versuch ist aber vielleicht um so fruchtbringender, als er geeignet sein dürfte, die Aufmerksamkeit wieder auf Rechtsgebiete zu lenken, die zum Verständniß des römischen Rechts von höchster Wichtigkeit, aber, weil nicht mehr unmittelbarer Anwendung fähig, von der neueren Wissenschaft fast gänzlich unbeachtet sind. Wenn irgendwo, so ist in der Wissenschaft der Saz eine Wahrheit, daß, wo ein Glied leidet, alle Glieder leiden, und daß kein Teil ohne Schaden für das Ganze vernachlässigt werden

kann. Möchte meine Schrift zur Erkenntniß dieser alten Wahrheit einen neuen Beitrag liefern! Ihr Nuzen würde dann, selbst wenn er der einzige sein sollte, noch immer nicht allzu gering angeschlagen werden können.

2. Anordnung. Was nun die Anordnung der folgenden Darstellung betrifft, so soll zunächst in einem ersten Abschnitt von dem Begriffe der Rückziehung, ihren wichtigsten quellenmäßigen Beispielen und ihrem Unterschied von einem ähnlichen und vielfach mit ihr zusammengeworfenen Verhältniß die Rede sein. In einem zweiten Abschnitt wird sich eine Entwickelung der hauptsächlichsten Wirkungen beider Verhältnisse anschließen.

Bes. Quellen. Als besondere Quellen für die Rückziehung sind etwa folgende Titel zu bezeichnen:

Dig. XLIX, 15: De captivis et de postliminio et redemtis ab hostibus.

Cod. VIII, 51 (50): De postliminio reversis et redemtis ab hostibus.

Dig. XLIX, 17: De castrensi peculio.

Cod. XII, 37 (36): De castrensi peculio militum et praefectianorum.

Schriftsteller über unsern Gegenstand sind mir nicht bekannt geworden (S. jedoch ob. Anm. 1).

Erster Abschnitt.

Ueber den Begriff der Rückziehung und ihren Unterschied von einem ähnlichen Verhältniß.

I. Begriff und Beispiele der Rückziehung.

1) Begriffsbestimmung.

Man möchte es vielleicht für natürlicher und geeigneter halten, zuerst die Quellenbeispiele von der Rückziehung und die bei denselben geltenden Grundsätze zu erörtern, und dann erst schließlich den darin sich aussprechenden gemeinsamen Begriff der Rückziehung zu entwickeln. In der That ist dies regelmäßig bei Begriffsermittelungen aus unsern Quellen der angezeigte Weg. Hier jedoch durften wir eine kürzere Bahn einschlagen. Denn wir sind besser daran, als in andern Fällen; wir müssen uns nicht, wie so häufig, die einzelnen Merkmale unseres Begriffes erst mühsam zusammensuchen, sondern es wird uns mehrfach die fertige Begriffsbestimmung der Rückziehung entgegengebracht. Es bleibt daher nur noch zu prüfen, ob denn auch diese Begriffsbestimmung in allen Fällen sich bewärt. **3.** Grund der Vorausstellung der Begriffsbestimmung.

Eine solche Begriffsbestimmung geben uns aber namentlich Marcianus und Paulus. Der erste in L. 15 D. de reb. dub. 34, 5, der zweite in L. 98 §. 3 D. de solut. 46, 3. **4.** Begriffsbestimmung.

L. 15 D. de reb. dub.: Marcianus (lib. II Regularum). — Quaedam sunt, in quibus res dubia est, sed ex postfacto retroducitur et apparet, quid actum est.

L. 98 §. 3 D. de solut. Paulus (lib. XV Quaestion). — Rem autem castrensis peculii solventem patrem perinde accipere debemus, ac si alienam dedisset, quamvis possit

residere apud eum, cui soluta est, prius mortuo intestato filio; sed tunc acquisita creditur, quum filius decesserit; et utique cuius fuerit, eventus declaret, sitque et hoc ex his, quae postfactis, in praeteritum quid fuerit, declarent [3]).

Danach hätten wir also hier Fälle vor uns, in denen erst durch einen spätern Umstand die eigentliche wahre Natur eines vorhergehenden Zustandes offenbar und bestimmt wird. Es herrschte bisher über die eigentliche rechtliche Beschaffenheit eines Verhältnisses eine Ungewißheit, welche durch den Ausfall, die Gestaltung eines spätern Ereignisses verschwindet. Daß dies aber wirklich die rechtliche Natur aller Fälle einer wahren Rückziehung ist, daß sich die römischen Rechtsgelehrten stets so und nur so die Rückziehung dachten: das wird sich sogleich durch die Betrachtung einzelner Beispiele und bei Gelegenheit derselben noch näher ergeben.

5. Aehnliche Erscheinung im täglichen Leben.

Hier ist zunächst nur noch darauf aufmerksam zu machen, daß derartige Fälle des Zweifels, in denen erst durch einen spätern Umstand das wahre Verhältniß ersichtlich wird, durchaus nichts dem Rechte Eigentümliches sind, sondern im tagtäglichen Leben ganz ebenso vorkommen. Man denke nur an eine Frage, die jetzt die Sternkundigen sehr lebhaft beschäftigt. Ob der große Comet, der im sechzehnten Jarhundert erschien, derselbe ist, den man im dreizehnten Jarhundert beobachtete, ist immer noch zweifelhaft. Erst das Erscheinen oder Nichterscheinen des Cometen im Laufe der nächsten Jare wird diesen Zweifel lösen. Oder man seze: es ist Jemand, der sonst keine Kinder hat, während der Schwangerschaft seiner Frau gestorben. Hier ist es natürlich zunächst noch ungewiß, ob er mit Hinterlassung eines Sohns oder einer Tochter gestorben ist; erst die Niederkunft der Frau wird darüber entscheiden. Dies lezte Beispiel führt uns zugleich wieder zum Rechte zurück. Hätte nämlich der Verstorbene in seinem Testament einem Sklaven die Freiheit erteilt unter der

---

3) Vgl. auch noch L. 57 pr. D. de usufr. 7, 1: Papinian. (lib. VII Respons.). — Dominus fructuario praedium, quod ei per usumfructum serviebat, legavit; idque praedium aliquamdiu possessum legatarius restituere filio, qui causam inofficiosi testamenti recte pertulerat, coactus est; mansisse fructus ius integrum ex postfacto apparuit.

Bedingung: „wenn er (der Testator) ohne Hinterlassung eines Sohnes versterben sollte": so wäre vor der Niederkunft der Wittwe auch die Freiheit des Sklaven noch ungewiß. Wird dann aber kein Sohn geboren, so zeigt sich, daß schon beim Tode des Testators die Bedingung erfüllt war; mithin ist jetzt rückwärts der Sklave als frei gewesen zu betrachten. So entscheidet denn auch in der That Ulpian in L. 7 D. de manum. test. 40, 4:

Ulp. (lib. XIX ad Sab.). — Neratius scribit, eius, cui libertas sic data est: „si mihi filius nullus erit, quum moriar, Stichus liber esto", impediri libertatem postumo nato. Sed dum speratur nasci, utrum in servitute remanere dicimus, an vero ex postfacto respondemus retro liberum fuisse, nullo filio nato? Quod magis arbitror probandum.

2) Quellenmäßige Beispiele.

Ein Beispiel der Rückziehung aus unsern Quellen haben wir so eben kennen gelernt. Wir wollen nun auch noch andere Beispiele betrachten. Dabei braucht es kaum einer Bemerkung, daß es es hier nicht auf Vollständigkeit abgesehen ist. Eine solche läge völlig außer den Grenzen unserer Aufgabe, sie könnte sogar der Erreichung unseres Zwecks eher hinderlich als fördernd sein. Denn es soll ja hier nicht eine umfassende Erörterung aller Fälle der Rückziehung im römischen Recht gegeben werden, sondern es ist uns hauptsächlich nur um Ermittelung der Natur der Rückziehung zu thun. Es musste daher mit Auswal verfaren werden, und namentlich konnten nur solche Fälle in Rücksicht kommen, bei welchen ganz unzweideutig in unsern Quellen eine Rückziehung anerkannt wird. **6.** Vorbemerkung.

Wenden wir uns nun nach dieser Vorbemerkung zu den Beispielen selbst!

1) Ein sehr wichtiger und in das römische Rechtsleben tief eingreifender Fall der Rückziehung wurde begründet durch das ius postliminii in Verbindung mit der fictio legis Corneliae [4]). **7.** 1) Jus postliminii und fictio legis Corneliae.

Bekanntlich war es nämlich im Altertum allgemein angenommener Grundsaz, daß dem Feinde gegenüber die Occupation von Personen wie von Sachen im vollsten Umfang offen stehe, und daß durch diese Occupation, wie an herrenlosen Sachen,

4) Vgl. Hase: das ius postliminii und die fictio legis Corneliae. Halle 1851.

Eigentum begründet werde [5]). Wenn also ein Römer in die Gewalt der Feinde fiel, so wurde er deren Sklave. §. 4. J. de iur. pers. 1, 3; L. 7 pr. D. de A. R. D. 41, 1; L. 5 §. 2, L. 24 D. de captiv. 49, 15 u. a. Um nun aber die Rechtsverhältnisse eines solchen in Kriegsgefangenschaft geratenen Römers sowol für den Fall seines Todes in der Gefangenschaft, als für den Fall seiner Rückkehr zu bestimmen, traten zwei eigentümliche Rechtsvorschriften oder vielmehr Rechtsdichtungen ein. Kehrte nämlich der Gefangene aus der Gefangenschaft zurück [6]), so wurde zufolge des uralten ius postliminii (das man gleich dem obigen Grundsaz auf jus gentium zurückführte), Alles rechtlich so angesehen, als ob er nie in der Gewalt der Feinde gewesen wäre. L. 12 §. 1, 6, L. 16. D. de captiv. 49, 15; Paul. R. S. II, 25. §. 1. [7]). Starb er dagegen in der Gefangenschaft, so trat auf den Grund einer Lex Cornelia (vermutlich aus Sulla's Zeit) nun rechtlich ganz dasselbe Verhältniß ein, als wäre er im Augenblick der Gefangennehmung, sonach als römischer Bürger mit Tod abgegangen. L. 12 §. 1, L. 18, 22 §. 2 D. de captiv. 49, 15; §. 5 J. quib. mod. ius pot. 1, 12.

Aus der Verbindung dieser beiden Rechtsdichtungen ging während der Dauer der Kriegsgefangenschaft ein Zustand der Schwebe hervor, dessen eigentliche rechtliche Natur erst später, sei es durch den Tod oder durch die Rückkehr des Gefangenen bestimmt und offenbar ward. Je nach dieser Entscheidung wurden

---

5) Gai. II, 69; IV, 16 fin. („maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent"); §. 17 J. de rer. div. 2, 1; L. 5 §. 7; L. 7 pr. D. de A. R. D. 41, 1 (Gaius); L. 1 §. 1, L. 3 §. 21 D. de acqu. poss. 41, 2 u. a. Uebrigens ist zu bemerken, daß dies eigentlich doch nicht gerade blos gegenüber dem Feinde galt, mit dem man im Kriege stand (vgl. L. 24. D. de captiv. 49, 15; L. 118, 234 pr. D. de V. S. 50, 16), sondern überhaupt gegenüber jeder Völkerschaft, mit welcher die Römer „neque amicitiam, neque hospitium, neque foedus amicitiae causa factum" hatten. L. 5. §. 2. D. de captiv. u. Hase S. 26 ff.

6) Die Bedingungen, unter denen die Rückkehr erfolgen musste, habe ich hier nicht näher zu untersuchen. Vgl. darüber Hase §. 6 (S. 56 ff.).

7) Es ist bekannt, daß sich das jus postliminii auch auf manche Sachen (Sklaven, Pferde, Saumthiere, Schiffe, Grundstücke) erstreckte. Hase S. 43 ff. Für unsern Zweck genügt die Betrachtung des postliminium bei Personen.

dann sowol die persönlichen, als die vermögensrechtlichen Verhältnisse für die Zwischenzeit, also rückwärts geregelt, wie wir unten noch näher finden werden.

Wir begegnen demnach hier allen oben aufgestellten Merkmalen der Rückziehung. Uebrigens wird, um jedem möglichen Zweifel zuvorzukommen, das entwickelte Verhältniß in mehreren Stellen geradezu als Fall der Rückziehung bezeichnet. L. 16 D. de captiv. 49, 15;

Ulpian. (lib. XIII ad Sab.) — Retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit.

Vgl. auch L. 9 fin. D. de castr. pecul. 43, 17 (Ulp.); L. 19 §. 3 fin. eod. (Tryphonin.).

8. 2) Peculium castrense.

2) Einen zweiten, nicht minder wichtigen Fall der Rückziehung finden wir beim peculium castrense [8]). Auch hier muß ich etwas weiter ausholen, da wegen der im neuesten Recht durchaus geänderten Verhältnisse der Gegenstand nicht als allgemein bekannt vorauszusezen ist.

Ursprüngliche Vermögensunfähigkeit der Hauskinder

Man weiß, daß nach der Anschauung des ältern römischen Rechts das in väterlicher Gewalt stehende Kind eigenen Vermögens durchaus unfähig war. Was es erwarb, erwarb es seinem Gewalthaber. Dies änderte sich auch dann nicht, wenn es ein von dessen Vermögen äußerlich abgesondertes Vermögen in Händen hatte. Denn diese Absonderung war eben nur eine rein äußerliche und thatsächliche; vom Standpunkte des Rechts gehörte dies scheinbar eigene Vermögen des Hauskindes, das s. g. peculium, dem Vater. Es konnte demnach rechtlich von diesem in jedem Augenblick eingezogen werden, und wenn das Hauskind starb, so trat natürlich in das peculium keine Erbfolge ein, sondern dasselbe blieb, was es gewesen war, Teil des väterlichen Vermögens.

Entstehung einer Ausnahme.

Von diesen als Regel bis in das neueste römische Recht fortbestehenden Grundsätzen wurde seit der ersten Kaiserzeit durch kaiserliche Verordnungen eine wichtige Ausnahme gemacht. Schon Augustus gestattete dem filiusfamilias miles, über das im Kriegsdienst erworbene Vermögen leztwillig zu verfügen, dadurch also

8) Vgl. De Retes: De castrensi peculio (1658). In Meerman: Thesaur. t. VI. p. 240 sqq.); Majansius: De peculio castrensi (In Disputat. Juris Lugd. Batav. 1752 t. I. disp. 14 p. 256 sqq.).

dem Vater dieses Vermögen zu entziehen [9]). Ulp. XX, 10; pr. J. quib. non est perm. 2, 12. Dies Recht wurde dann durch Verordnungen der spätern Kaiser, namentlich Hadrian's weiter ausgedehnt, pr. J. cit.: L. 13. D. de cast. pec. 49, 17; L. 22 D. de bon. libert. 38, 2 u. a. So war der Keim zu einer eigenthümlichen Anschauung gegeben, die sich auf der Grundlage jener kaiserlichen Verfügungen in der Wissenschaft allmählich heranbildete und uns bei den späteren Pandektenjuristen, namentlich bei Ulpianus und Paulus, denen sie erst ihre volle Entwickelung verdankt, folgendergestalt entgegentritt:

9. Gestalt des p. cast. zur Zeit Ulpians.

Was ein Haussohn in Folge seines Kriegsdienstes erworben hat [10]), in Bezug darauf erscheint er als paterfamilias. L. 1 §. 3, L. 2 D. de SC. Maced. 14, 6 (Ulp.), L. 15 §. 3 D. de cast. pec. 49, 17 (Papin.), Er kann demnach vollkommen frei darüber verfügen [11]); so zwar, daß er (seit Hadrian) einen zum peculium castrense gehörigen Sklaven durch Freilassung nicht zum Freigelassenen seines Vaters, sondern zu seinem eigenen Freigelassenen macht. L. 3 §. 8, L. 22 D. de bon. libert. 38, 2; L. 8 pr. D. de jur. patron. 37, 14; L. 13 D. de cast. pec. 49, 17. Auch kann er mit dem Vater selbst, in Bezug auf dies Vermögen Rechtsgeschäfte abschließen. L. 15. §. 1 sqq. eod.; L. 2 pr. D. de contrah. emt. 18, 1. Dieses Verhältniß nun wird bestätigt, wenn der Haussohn mit Hinterlassung eines gültigen Testamentes stirbt [12]). Es erscheint dann das castrense peculium als hereditas des Haussohns, und es findet in dasselbe eine wahre Erbfolge statt. L. 2, 9 D. h. t. 49, 17; L. 33 pr. §. 1 D. de A. R.

---

9) Augenscheinlich stand diese Erlaubniß in Verbindung mit den andern Begünstigungen, welche Augustus den Soldaten bezüglich ihrer letztwilligen Verfügungen gewärte. Vgl. L. 1 pr. D. de test. mil. 29, 1; Gai. II, 109, 110; Ulp. XXIII, 10.

10) Die nähere Bestimmung gehört natürlich nicht hierher. S. Retes cap. II (p. 242 sqq.) und Marezoll in der Ztschr. f. Civilr. u. Pr. Bd. 8. S. 105 ff.

11) L. 2 D. cit. 14, 6; L. 5, 6 fin. (Ulp.), 15 §. 3 (Papin.), L. 19. §. 1 (Tryphon.) D. de cast. pec. 49, 17. (Vgl. Gai. II, 87 verb.: et ideo si heres institutus sit, nisi nostro jussu hereditatem adire non potest; L. 9 pr., 25 §. 4. D. de acq. hered. 29, 2.).

12) Auch noch nach neuestem Recht kann bekanntlich der Haussohn nur über seine bona castrensia vel quasi castrensia ein Testament machen. pr. J. quib. non est perm. 2, 12.

D. 41, 1 (Ulpianus); — L. 20 D. h. t.; L. 18 pr, D. ad L. Falc. 35, 2 (Paulus); — L. 14, 17. D. h. t. (Papinianus); — L. 19. §. 5 eod. (Tryphoninus). Geht dagegen der Haussohn mit Tod ab ohne Testament, oder ohne daß daraus die Erbschaft angetreten wird[13]), so wird angenommen, das peculium castrense sei reines peculium (h. z. T. s. g. p. profectitium) gewesen, und demzufolge wird dasselbe rückwärts als Teil des väterlichen Vermögens betrachtet. L. 9 D. h. t.:

Ulpian. (lib. IV. Disputation.) — Proponebatur filiusfamilias miles testamento facto extraneum heredem scripsisse, patre deinde superstite decessisse; pater deliberante herede instituto et ipse diem functus, deinde heres institutus repudiasse hereditatem; quaerebatur, ad quem castrense peculium pertineret. Dicebam, castrense peculium filiifamilias, si quidem testatus decessit, quasi hereditatem deferri heredi scripto, sive extraneum scripsit heredem, sive patrem. Sed quum nihil de peculio decernit filius, non nunc obvenisse patri, sed non esse ab eo profectum videtur. — — Quibus ita praemissis et in proposito dicebam, quum heres non adiit hereditatem, retro peculium patris bonis accessisse.

S. ferner Ulp. in L. 1, 2 eod.; L. 44 pr. D. de legat. I. (30); L. 33 pr. D. de A. R. D. 41, 1; L. 1 §. 22 D. de collat. 37, 6; — Paulus in L. 18 pr. D. ad L. Falc. 35, 2; L. 98 §. 3 D. de solut. 46, 3; — Papinianus in L. 14 pr., 17 D. h. t.; — Tryphoninus in L. 19 §. 3 cf. §. 5 eod[14]).

---

13) Für den zweiten Fall ist dies erst die Ansicht des Ulpian und Paulus. Tryphonin war noch schwankend und Papinian dagegen. S. unt. Anm.

14) Es ist schon oben bemerkt worden, daß dies die neuere Anschauung ist, wie sie besonders seit der Hadrianischen Verordnung, wonach der Haussohn durch Freilassung des castrensischen Sklaven die Patronatsrechte für sich selbst und nicht für seinen Vater erwirbt, sich naturgemäß bilden mußte. Gerade umgekehrt war die ältere Auffassung. Danach erschien das pec. castr. zunächst als wahres peculium, d. h. als Vermögen des Vaters, nur als ein peculium, hinsichtlich dessen der Sohn die unbeschränkteste Verwaltungsbefugniß hatte, so daß der Vater alle von Jenem ausgehenden Verfügungen anerkennen mußte und in jeder Demselben nachteiligen Einwirkung auf dies peculium gehindert war. L. 18 §. 1 sqq. D. h. t. Eine dem Sohne nicht

10. Umfang der RZ. beim p. cast.

Uebrigens ging man hier nicht so weit, daß man, wenn nun so das castrense peculium rückwärts als Vermögen des Vaters sich aufwies, diesem Erfolg irgend einen Einfluß auf die vom Sohn ausgegangenen Handlungen und Verfügungen einge-

---

nachteilige Einwirkung war verstattet: L. 18 § 3 eod. Was also der Sohn that, konnte der Vater wol nicht hindern, aber es geschah doch gleichsam immer, wie beim gewönlichen peculium, im Namen des Vaters. Daraus floß z. B., daß durch Freilassung eines castrensischen Sklaven dieser nicht zum Freigelassenen des Sohns, sondern vielmehr des Vaters ward. L. 22 D. de bon. libert. 38, 2 (gerade wie wenn der Sohn einen zum gewönlichen peculium gehörigen Sklaven auf Geheiß des Vaters freiließ. L. 13 D. de iur. patron. 37, 14; L. 30 §. 1 D. qui et a quib. 40, 9.) Außer dieser unbeschränkten Verwaltungsbefugniß hatte aber der Sohn noch das wichtige Recht, sein castrense peculium durch testamentarische Verfügung dem Vater ganz zu entziehen. Und wenn er von diesem Rechte Gebrauch machte, so wurde — der neuern Anschauung gerade entgegengesezt — nur erst kraft einer Rechtsdichtung angenommen, daß das pec. castr. Vermögen des Sohns gewesen sei, und daß somit eine Erbfolge in dasselbe stattfinde. — Deutliche Spuren dieser älteren Auffassung zeigen sich in L. 22 cit. 38, 2: Si filiusf. miles manumittat, secundum Juliani quidem sententiam, quam lib. XXVII. Dig. probat, patris libertum faciet, sed quamdiu, inquit, vivit, praefertur filius in bona eius patri. Sed Divus etc., bei Maecianus in L. 18 D. h. t. und selbst noch bei Tertullianus in L. 4 §. 2 eod. Das Schwanken der Uebergangsperiode bemerkt man bei Tryphonin in L. 19 §. 3 sqq. eod., doch scheint er sich schon mehr der neuern Anschauung zuzuneigen, die bereits bei Papinian in L. 15, 17 eod. sehr entschieden auftritt. Uebrigens spielt selbst in die Darstellung der Rechtsgelehrten, welche ganz unzweifelhaft der neuen Ansicht huldigen, jene ältere Auffassung noch vielfach herüber; namentlich in den von diesen gebrauchten Ausdrücken wirkt sie noch häufig nach. Vgl. L. 18 pr. D. de stip. serv. 45, 3 (Papin.: „beneficium Principalium Constitutionum in eo locum habet, ut filiusf. de peculio testari possit); — L. 1 D. h. t. (Ulpian: „apud patrem remansit"); L. 1 § 22 D. de collat. 37, 6 (Ulp.: „non enim nunc acquiritur, sed non adimitur"); — L. 18 pr. D. ad L. Falc. 35, 2 (Paulus) u. a. — So Vieles über diesen interessanten Gegenstand noch zu sagen wäre, so ist er doch in seinen engeren Beziehungen meiner Aufgabe fremd, und selbst schon diese blos beiläufigen Bemerkungen kann ich kaum hier vollkommen berechtigt nennen. Nur das gestatte man mir, noch kurz zu berühren, daß sehr bedeutende Rechtsgelehrte in dem, was ich oben die ältere Auffassung

räumt hätte. Diese blieben vielmehr in ihrer Wirkung unverrückt bestehen. Namentlich wurde also der freigelassene castrensische Sklave jetzt nicht nachträglich als Freigelassener des Vaters behandelt. Es ist dies zwar nirgends ausdrücklich ausgesprochen, allein neben den vielen Stellen, welche uns sagen, daß seit Hadrian der Sohn und nicht der Vater die Patronatsrechte erhalte, liegt eben in jenem Schweigen schon der entscheidende Beweis. Von besonderer Wichtigkeit dagegen war jene Rechtsdichtung hinsichtlich der Handlungen des Vaters, welche, je nachdem dieselbe eintrat oder nicht, als gültig oder ungültig erschienen. Auch in Betreff des Erwerbs, den ein castrensischer Sklave nach dem Tode des Haussohns machte, ehe die von diesem eingesetzten Erben sich über den Antritt der Erbschaft entschieden hatten, war unsere Rechtsdichtung von großer Bedeutung.

Zufolge der eben entwickelten eigentümlichen Anschauung war auch beim castrense peculium vor dem Tode des Haussohns, bezw. vor dem Antritt seiner Erbschaft durch die ernannten Er- 11. Ergebniß für den Begriff der RZ.

---

nannte, noch die Betrachtungsweise des neuesten römischen Rechts bis zur Nov. 118 erblicken. So z. B. Cujacius ad L. 44 pr. D. de legat. I. (Opp. ed. Neap. t. VII. p. 1030); Retes cap. VI. (p. 256 sqq.) bes. §. 2; Löhr in Grolmann und Löhr: Magazin für Rechtswiss. und Gesezgeb. Bd. 4 (1844) VII. (S. 101 ff.) Wenn es sich um einen für uns noch unmittelbar praktischen Gegenstand handelte, so würde ich mich vielleicht dieser Ansicht anschließen. Nur würde ich dann nicht sagen, jene Auffassung habe bis auf Justinian fortgedauert, sondern dieser habe sie durch das tolle Kunterbunter, in welchem die Digesten Stellen von verschiedenartigster Anschauung nebeneinanderreihen, erst neu wieder eingeführt. Da indessen das castrense peculium in der Art, wie es die klassische Zeit des römischen Rechtes kannte, nur noch der Geschichte angehört, so war eine geschichtliche Deutung jener Stellen nicht nur gerechtfertigt, sondern sogar angezeigt. Und da prägt sich denn wol der Entwickelungsgang, wie er oben dargestellt wurde, in deutlichen Zügen aus. Uebrigens ist für unsere eigentliche Aufgabe der Unterschied beider Anschauungen, wenigstens in Bezug auf das neueste Recht (vor Nov. 118), kein sehr erheblicher. Denn es handelt sich ja im Grunde nur um eine vorläufige Regelung; die eigentliche rechtliche Natur des Verhältnisses wird immer erst nachträglich offenbar und bestimmt. (Die ältere Ansicht scheint die Rückziehung keineswegs in diesem Umfang anerkannt zu haben. Man vgl. Maecian in L. 18 §. 1. D. h. t. mit Paulus in L. 98 §. 3 D. de solut. 46, 3.)

ben ein Zustand der Ungewißheit und Schwebe vorhanden, der erst nach dem Ausfall eines spätern Ereignisses sich entschied[15]. Es war also ganz ähnlich wie beim ius postliminii und der fictio legis Corneliae. Ja das letztere Verhältniß hat offenbar bei der Ausbildung der Grundsätze über das peculium castrense wesentlich eingewirkt, indem die römischen Rechtsgelehrten bei ihren Entscheidungen in Betreff dieses peculium sich vielfach auf jenes Verhältniß beziehen. So Ulpianus in L. 9 fin. D. h. t.; Tryphoninus in L. 19 §. 3 fin. eod.; Paulus in L. 18 pr. D.

---

15) Besonders ungewiß (denn, so lange der Haussohn lebt, ist Alles wenigstens vorläufig geregelt) ist das Verhältniß nach dem Tode des Haussohns und vor dem Antritt seiner Erbschaft. Hierüber bestanden denn auch unter den römischen Rechtsgelehrten starke Zweifel. Während Ulpian auch hier unbedenklich den Erfolg entscheiden ließ: L. 9 D. h. t.; L. 33 pr. §. 1 D. de A. R. D. 41, 1 (dies ist wol auch die Ansicht von Paulus; vgl. L. 18 pr. D. ad L. Falc. 35, 2: „extraneo herede instituto fieri hereditatem aditione eius"): glaubte Papinian, daß man strenggenommen für diese Zeit wegen der Ungewißheit den Erwerb eines castrensischen Sklaven Keinem von Beiden, weder dem Vater noch dem Erben zusprechen dürfte. L. 14 §. 1, 2 D. h. t. vbd. mit L. 18 pr. D. de stip. serv. 45, 3. Tryphoninus schwankt, scheint sich aber mehr der letztern Ansicht zuzuneigen L. 19 §. 5 D. h. t. Es ist wol nicht allzu gewagt, wenn ich diese Meinungsverschiedenheit mit dem bekannten Streite der Proculianer und Sabinianer über das Eigentum an der per vindicationem legirten Sache vor der Erklärung des Legatars in Zusammenhalt bringe. Jene Entscheidung Papinians scheint mir nämlich auf einem ähnlichen Gedanken zu beruhen, wie der war, aus dem die Proculianer das legatum einstweilen als nullius (nicht als res nullius in der Bedeutung, die man gewönlich damit verknüpft) erklärten. Gai. II., 200 vgl. 195. Dieser Gedanke, über den man sich schon vielfach gequält hat (S. z. B. Marezoll in Ztschr. f. CR. u. Pr. IX. S. 80 f.), ist aber offenbar einfach der folgende: So lange sich der Legatar nicht erklärt hat, ist es ungewiß, wem das Legat gehört. So lange es aber ungewiß ist, wem eine Sache gehört, kann man nicht sagen, daß sie irgend Einem gehört; man muß sie also vorläufig als nullius betrachten. Vgl. Papin. L. 14 §. 2 h. t.: „quamvis tunc propter incertum nulli sit acquisitum"). — Strenggenommen ist dies auch gewiß richtig; und nicht die Sabinianer, denen es gewönlich zu Teil wird, sondern die Proculianer haben hier das Lob der Folgerichtigkeit verdient. Die Ansicht der Sabinianer hat nur den Vorzug der größern praktischen Brauchbarkeit.

ad L. Falc. 35, 2. Es ist für uns nicht ohne Bedeutung, dies zu bemerken (und namentlich für die Rückziehung der Bedingungen ist darauf Gewicht zu legen). Denn wir erkennen daraus, daß die römischen Rechtsgelehrten in der Rückziehung in der That einen Gattungsbegriff erblicken, dessen Arten sämmtlich unter gleichen Grundsäzen stehen: so daß man, was von der einen gilt, auf die andere mit vollkommener Sicherheit übertragen kann.

Daß übrigens die Quellen das peculium castrense auch wirklich unter die Fälle der Rückziehung rechnen, bedarf kaum mehr einer Bemerkung. Eine der Stellen, die wir oben bei der Begriffsbestimmung anführten, war ja gerade vom peculium castrense hergenommen. Allein wir wären auch noch um andere nicht minder deutliche Aussprüche gar nicht in Verlegenheit. Man vgl. z. B. nur L. 9, 19, §. 3, 5, L. 20 D. h. t.

12. 3) Unbedingtes Vindikationslegat.

3) Wir wenden uns zu einem dritten Falle der Rückizehung der gleichfalls als solcher ganz ausdrücklich in unsern Quellen bezeichnet wird [16]). Derselbe findet sich bei dem legatum per vindicationem [17]).

Nach der im corpus iuris angenommenen Ansicht der Sabinianer kommt die per vindicationem legirte Sache zwar unmittelbar mit dem Erbschaftsantritt in das Eigentum des Legatars, aber eigentlich ist doch die Sache noch zweifelhaft; denn schließlich kommt Alles auf die spätere Erklärung des Legatars an. Lehnt derselbe nicht ab, so erhält nun jene Annahme ihre endgültige Bekräftigung; weist er aber das Legat zurück, so wird Alles so angesehen, als wäre ihm gar nicht legirt worden, die Sache also Eigentum des Erben gewesen. Gai. II, 195.

> Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores, quod ita (per vindicationem) legatum sit, statim post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiam si ignoret, sibi legatum esse dimissum, et postea quam scierit et spreverit legatum, perinde esse atque si legatum non esset.

---

16) S. die oben Ziff. 4 abgedruckte L. 15 D. de reb. dub. 34, 5; Vgl. L. 86 §. 2 D. de legat. I. (30); L. 44 §. 1 eod.; L. 17 §. 1 (vgl. L. 35) D. ad L. Aquil 9, 2 u. a.

17) In unsern Quellen ist zunächst nur von diesem die Rede Gai. II., 195 vgl. mit 204, 213. Dem Zwecke dieser Erörterungen nach kann ich mich darauf beschränken, ohne zu untersuchen, ob der Saz nicht dem Wesen nach für alle Legate gilt (was übrigens wol keinem Zweifel unterliegt).

L. 86. §. 2 D. de legat. I, (30):

Julianus (lib. XXXIV. Dig.) — Quum servus legatur, et ipsius servi status, et omnium, quae personam eius attingunt, in suspenso est; nam si legatarius repulerit a se legatum, nunquam eius fuisse videbitur, si non repulerit, ex die aditae hereditatis eius intelligetur. Secundum hanc regulam et de iure eorum, quae per traditionem servus acceperit, aut stipulatus fuerit, deque his, quae legata ei vel donata fuerunt, statuetur, ut vel heredis, vel legatarii servus singula gessisse existimetur [18]).

Also auch hier, wie in den beiden ersten Fällen, ein Zustand der Ungewißheit, des Zweifels, der erst durch den Ausfall eines spätern Umstands verschwindet! Zu allem Ueberfluß ist das legatum per vindicationem mit dem peculium castrense in L. 44 pr. §. 1 D. de legat. I. (30) zusammengestellt.

13. 4) Nießbrauch an einem Sklaven.

4) Einem weitern Beispiel der Rückziehung begegnen wir beim Nießbrauch an einem fremden Sklaven. Um dies aber klar aufzufassen, muß man sich die Grundsätze des römischen Rechts über den Erwerb durch Sklaven vergegenwärtigen.

Im Allgemeinen erwirbt der Sklave Alles, was er erwirbt, dem Herrn, d. h. dem, in dessen Eigentum er steht, L. 10 §. 1 D. de A. R. D. 41, 1. Dies erleidet aber eine Ausnahme bei dem Sklaven, der im gutgläubigen Besitz oder im Nießbrauch eines Andern sich befindet. Der gutgläubige Besitzer nämlich oder der Nießbraucher macht durch den Sklaven den Erwerb, der hier den Früchten entspricht, d. h. es fällt ihm Alles zu, was der Sklave erwirbt ex operis suis oder ex re usufructuarii vel bonae fidei possessoris. (Dasselbe gilt bei dem freien Menschen, den ein Anderer in gutgläubigem Besitz hat.) Nur, was der Sklave auf andere Weise erwirbt, z. B. ein Legat, gehört dem Eigentümer, (oder dem liber homo, qui bona fide servit, selbst) L. 10 §. 3, 4 eod. 41, 1; Gai. III, 91, 92; III, 164, 165 u. a. m.

---

18) Schöner als in dieser Stelle läßt sich das Wesen der Rückziehung nicht darstellen. Vgl. übrigens auch noch für das Verhältniß beim leg. per vind.: Ulpian. in L. 44 §. 1 eod. (30); L. 13 § 3. L. 17 §. 1, L. 35 D. ad L. Aquil. 9, 2; L. 2 D. de manum. 40, 1 (vgl. fr. Vatic. §. 84); L. 3 D. de manum. vind. 40, 2; — Marcellus in L. 34, 36 pr. D. ad L. Aquil. 9, 2; L. 31 D. de test. mil. 29, 1 (vgl. fr. Vat. l. c.); — Marcianus in L. 15 D. de reb. dub. 34, 5.

Wenn nun ein Sklave im Nießbrauch oder im gutgläubigen Besitz eines Andern steht, so kann es ungewiß sein, ob ein Erwerb durch das Vermögen des Nießbrauchers, beziehungsweise gutgläubigen Besitzers oder aber des Eigentümers vermittelt ist. So lange diese Ungewißheit dauert, ist es dann auch ungewiß, wem der Sklave erworben hat. Erst durch die spätere Hebung jener ersten Ungewißheit und mit derselben wird auch diese zweite Ungewißheit gehoben. Den Beweis und zugleich ein sehr schönes Beispiel liefert L. 43 §. 2 D. de A. R. D. 41, 1:

> Gaius (lib. VII. ad Edict. provinc.). — Quum servus, in quo alterius ususfructus est, hominem emit, et ei traditus sit, antequam pretium solvat, in pendenti est, cui proprietatem acquisierit; et quum ex peculio, quod ad fructuarium pertinet, solverit, intelligitur fructuarii homo fuisse; quum vero ex eo peculio, quod proprietarium sequitur, solverit, proprietarii ex postfacto fuisse videtur.

Man vgl. auch noch L. 25 §. 1 D. de usufr. 7, 1 („retro fructuarii fuisse); L. 12 §. 5 fin. eod.; L. 43 §. 10. D. de aedil. edicto 21, 1; L. 18 fin. D. de stip. serv. 45, 3.

5) Die Lehre vom Nießbrauch liefert uns noch einen merkwürdigen und, was mehr ist, noch heute anwendbaren Fall der Rückziehung. Hat nämlich Jemand den Nießbrauch an einer Herde, so fällt nach den allgemeinen Grundsäzen des Nießbrauchs der Nachwuchs, soweit er als fructus zu betrachten ist, in sein Eigentum. Als fructus ist aber nur der Ueberschuß anzusehen, der bleibt, nachdem aus dem Nachwuchs, die abgängigen Thiere wieder ersezt sind. Diese Ersazthiere gehören nicht zum fructus, sondern sie bilden einen Teil der Herde. Sie fallen daher nicht in das Eigentum des Nießbrauchers, sondern sind — eben als Teil der Herde — Eigentum des Herdeneigenthümers. L. 68 §. 1, 2, L. 69 D. de usufr. 7, 1. So lange nun die Ergänzung der Herde, d. h. Ausscheidung der dazu notwendigen Thiere vom übrigen Nachwuchs und Zuteilung derselben zu der Herde (vgl. L. 70 §. 5 eod.) noch nicht geschehen ist, bleibt es ungewiß, in wessen Eigentum die einzelnen den Nachwuchs bildenden Thiere stehen. Erst die geschehene Ausscheidung zeigt, daß die nun wirklich zur Ergänzung der Herde verwendeten Thiere von Anfang an dem Herdeneigentümer, die andern von Anfang an dem Nießbraucher angehörig waren. L. 70 §. 1 eod.:

14. 5) Nießbrauch an einer Herde.

Ulpian (lib. XVII ad Sab.). — Interim tamen, quamdiu summittantur et suppleantur capita, quae demortua sunt, cujus sit foetus, quaeritur. Et Julianus lib. XXXV Dig. scribit, pendere eorum dominium, ut, si summitantur, sint proprietarii, si non summittantur, fructuarii; quae sententia vera est.

Vgl. auch noch L. 12 §. 5 fin. eod. Eine schöne Anwendung findet sich auch in §. 2. L. 70 cit.[19]).

15. 6) Querela inoff. test.

6) Ein anderer Fall der Rückziehung, der zwar mit dem Nießbrauch nicht wesentlich zusammenhängt, aber wenigstens im Titel de usufructu steht, ist folgender: Der Eigentümer hat dem Nießbraucher das Grundstück, an dem diesem der Nießbrauch zustand (per vindicationem) legirt. Später muß der Legatar das Grundstück dem Sohn des Eigentümers, der mit der querela inofficiosi testamenti durchgedrungen ist, wieder herausgeben. „Mansisse fructus ius integrum ex postfacto apparuit." L. 57. pr. D. usufr. 7, 1, (abgedruckt oben in Anm. 3.)

16. 7) Dominii impetratio v. Seite des Pfandgläubigers.

7) Wir wollen von den vielen Fällen der Rückziehung nur noch einen hier berühren, der uns auf das Gebiet des Pfandrechts führt. Wenn der Pfandgläubiger für die verpfändete Sache keinen annehmbaren Käufer findet, so hat er bekanntlich die Befugniß, den Zuschlag derselben zu Eigentum vom Kaiser zu erbitten. Jedoch hat der Schuldner nach geschehenem Zuschlag ein

---

19) Secundum quae, si decesserit foetus, periculum erit fructuarii, non proprietarii, et necesse habebit alios foetus summittere. Unde Caius Cassius lib. VIII. scribit, carnem foetus demortui ad fructuarium pertinere. — Warum trägt der Nießbraucher die Gefar, da wir doch gesagt haben, ehe die Ergänzung wirklich geschehen, sei das Eigentum ungewiß? Die Entscheidung ist so zu erklären: Allerdings ist das Eigentum ungewiß, aber nach dem Tode des Thiers ist diese Ungewißheit nicht mehr vorhanden. Denn durch denselben zeigt sich, daß das Thier nicht mehr zur Ergänzung der Herde verwendet werden kann. Somit erscheint es rückwärts als Eigentum des Nießbrauchers, und diesem fällt daher auch der Schade zur Last. — Man könnte auch so sagen: Der Nießbraucher hat an den zum Nachwuchs gehörigen Thieren das Eigentum, nur gleichsam unter einer auflösenden Bedingung. Diese kann nach dem Tode des Thiers nicht mehr eintreten. Dafür könnte man sich sogar auf die Schlußworte der L. 69 eod. berufen. Uebrigens wäre der Unterschied beider Erklärungsweisen kein sehr erheblicher.

zweijäriges (früher einjäriges: L. 3 pr. C. de iur. dom. imp. 8, 34) Wiedereinlösungsrecht. L. 3. §. 3 fin. eod. Macht er von diesem Rechte Gebrauch, so wird Alles so gehalten, als wäre der Pfandgläubiger nie Eigentümer gewesen. L. 63 §. 4 D. de A. R. D. 41, 1. Es zeigt also auch hier erst der Erfolg, ob die Sache im Eigentum oder nur im Pfandrecht des Gläubigers gestanden hat.

3) Ergebniß.

Werfen wir einen Rückblick auf die bisherigen Erörterungen, so hat, wie mich dünkt, die Betrachtung der vorstehenden Beispiele den schlagenden Beweis geliefert, daß in der That das römische Recht allen Fällen der Rückziehung ganz gleiche Merkmale zuerkennt. Wir finden stets einen Zustand der Schwebe, der Ungewißheit, des Zweifels, welcher erst durch die Gestaltung eines späteren Ereignisses beseitigt wird. Es wird dies übrigens im Verlaufe der Darstellung noch deutlicher hervortreten. **17.** Rückblick.

Ehe wir uns nun zur Betrachtung eines mit der Rückziehung nahe verwandten Verhältnisses wenden, ist hier noch eine Frage zu berühren, welche mit dem Begriffe der Rückziehung in nahem Zusammenhang steht und namentlich mit Hinblick auf die Rückziehung der Bedingung von größter Wichtigkeit ist. Wenn nämlich die unter einer Bedingung geschuldete Sache während des Schwebens der Bedingung durch Zufall zu Grunde geht, so ist — selbst die spätere Erfüllung der Bedingung gesetzt — die Entstehung des Rechtsverhältnisses vereitelt. Umgekehrt wenn etwa wegen eines objectiven Hindernisses beim Geschäftsabschluß die Entstehung des Rechtsverhältnisses unmöglich war, so wird dennoch die Entstehung nicht gehindert, sofern nur beim Eintritt der Bedingung das Hinderniß weggefallen ist [20]. Dies ist der Hauptgrund, aus dem ein Schriftsteller der neuesten Zeit [21] die Rück- **18.** Nach welchem Zeitpunkt ist d. objective Umfang der RZ. zu beurteilen?

---

20) Vgl. L. 8 pr. fin. D. de peric. et comm. 18, 6; L. 10 §. 5 D. de iur. dot. 23, 3; L. 31 pr. D. de novat. 46, 2; — L. 41 §. 2 D. de legat. I. (30); L. 31. D. de V. O. 45, 1. Es wird also bezüglich der objectiven Erfordernisse lediglich auf den Zeitpunkt der erfüllten Bedingung gesehen. Vangerow: Lehrbuch der Pand. Bd. I. Aufl. 6 (Marburg 1851) S. 166.

21) Windscheid in einer sehr beachtenswerten Abhandlung: Die Wirkung der erfüllten Bedingung. Eine akadem. Gelegenheitsschrift. Ba-

ziehung der Bedingung leugnet, und es fragt sich nun, ob wirklich hierin ein Widerspruch mit dem geschilderten Wesen der Rückziehung liegt.

Vollständig läßt sich diese Frage allerdings erst im Zusammenhang der Lehre von der Rückziehung der Bedingungen selbst beantworten; indessen haben uns doch die obigen Erörterungen schon einige Anhaltspunkte zu ihrer Entscheidung gegeben. Beim peculium castrense ist unzweifelhaft ein Fall der Rückziehung begründet. Allein wenn auch dies peculium beim Absterben des Haussohns ohne Testament rückwärts als Vermögen des Vaters erscheint: so hat das dennoch, wie wir gesehen haben, auf die vom Sohn zu seinen Lebzeiten getroffenen Verfügungen durchaus keinen Einfluß [22]). Das peculium wird nur in dem Zustand, in welchem es sich bei dem Tode des Sohns befindet, von der Rückziehung ergriffen. Es wird sonach auch hier die Frage, ob und in welchem Umfang eine Rückziehung eintritt, in objectiver Hinsicht lediglich nach dem Zeitpunkte des späteren, entscheidenden Ereignisses bestimmt.

Dazu kommt eine Bemerkung von Maecian in L. 18 §. 1 D. de castr. pec. 49, 17. Maecian spricht hier über das Verhältniß des Vaters zum castrense peculium bei Lebzeiten des Sohns. Dies ist nach ihm in Kürze folgendes (in summa ea res):

> Hi actus patris, qui ad praesens alienationem alicuius juris de castrensi peculio praestant, impediuntur; hi vero, qui non statim quidem, sed postea efficere solent, eo tempore animadvertentur, quo habere effectum consuerunt: ut, si sit filius, cui auferatur, nihil agatur; si ante decesserit, actus patris non impediatur [23]).

---

sel 1851. Vgl. auch schon Donellus ad L. 78 pr. D. de. V. O. §. 7 (Opp. t. XI. p. 1298.)

22) Praktisch tritt dies freilich nur hervor hinsichtlich der Patronatsrechte über die vom Sohn freigelassenen Sklaven. Alle anderen Wirkungen des obigen Satzes ließen sich auch erklären, wenn man rückwärts annähme, der Sohn habe ein gewönliches peculium mit unbeschränkter Verwaltungsbefugniß gehabt.

23) Vgl. Tryphonin. in L. 19 §. 3, 4 eod. Uebrigens wurde schon früher (Anm. 14) bemerkt, daß Maecian noch auf dem Standpunkte der ältern Anschauung steht. Ueber die spätere Entwickelung s. L. 98 §. 3 D. de solut. 46, 3.

Wir lernen daraus, daß es den römischen Rechtsgelehrten keineswegs fremd war, bei der Frage, ob ein Geschäft Wirksamkeit haben könne oder nicht, nicht die Zeit des Geschäftsabschlusses, sondern erst einen späteren Zeitpunkt in Rücksicht zu nehmen.

II. Unterschied der Rückziehung von einem ähnlichen Verhältniß.

1) Begriff der Vorwirkung.

Wie wir überhaupt über das Wesen eines Begriffes erst dann zur rechten Klarheit gelangen, wenn wir uns dessen Unterschied von nahe verwandten Begriffen zum Bewusstsein bringen: so wird auch unsere Einsicht in die Natur der Rückziehung noch wesentlich gewinnen, wenn wir deren Verschiedenheit von einem nahe stehenden Verhältniß ins Auge fassen. Diese Betrachtung ist aber hier noch um so nötiger und fruchtbringender, weil man sich fast durchgängig dieser Verschiedenheit nicht bewusst geworden ist und beide Verhältnisse als Dinge derselben Art unter ganz gleiche Gesichtspunkte gebracht hat [24]. **19.** Begriffsentwickelung.

Es gibt nämlich eine Reihe von Fällen, welche mit den Fällen der Rückziehung das gemein haben, daß bei ihnen, wie bei diesen, durch den Eintritt eines gewissen Umstandes unmittelbar ein Rechtsverhältniß begründet wird, ohne daß es mehr der Vermittelung durch eine Handlung (z. B. traditio) oder eine sonstige Thatsache bedürfte, wie sie an sich regelmäßig zur Begründung des bezüglichen Rechtsverhältnisses erforderlich ist [25]. Auch in diesen Fällen ist also — sofern jener Umstand ein ungewisser ist — eine Ungewißheit vorhanden, welche durch ein späteres Ereigniß beseitigt wird [26]. Allein diese Ungewißheit — und

---

24) Eine eigentliche Gegenüberstellung habe ich sogar nirgends gefunden; nur hie und da blizt in einzelnen Anwendungen (bei deren Besprechung denn auch die betreffenden Nachweise gegeben werden sollen) eine Ahnung des wahren Verhältnisses durch.

25) Es bedarf kaum einer Bemerkung, daß ich hier die Rückziehung nur darstelle, wie sie der äußeren Betrachtung erscheint, und daß ich also hiedurch keineswegs mit meiner oben entwickelten Ansicht von derselben in Widerspruch trete.

26) Deshalb werden auch hier, wie bei der Rückziehung, in unsern Quellen die Ausdrücke: pendet, in pendenti est u. dgl. gebraucht. Man

darin liegt der wesentliche Unterschied — bezieht sich hier nicht, wie bei der Rückziehung, auf die Vergangenheit, sondern nur auf die Zukunft. Der entscheidende Umstand entscheidet nicht, ob ein Rechtsverhältniß ist und war, sondern ob es wird.

Es bleibt also in den Fällen dieser zweiten Art die Vergangenheit als abgeschlossene Thatsache beruhen, es ist nur die Zukunft, die je nach dem Ausfall eines gewissen Ereignisses eine verschiedene Gestaltung erhält. Während bei der Rückziehung ein späterer Umstand zeigt, daß Jemand schon vorher z. B. Gläubiger oder Eigentümer war, zeigt hier der spätere Umstand nur, daß er Gläubiger oder Eigentümer wird. Sein Forderungs- oder Eigentumsrecht wird eben so unmittelbar und ohne weiteres wie bei der Rückziehung begründet, aber es beginnt jezt erst und erst von jezt an; er ist Gläubiger oder Eigentümer nur für die Zukunft, nicht auch schon für die Vergangenheit. Sehr schön ist dies in L. 3 §. 5 D. de statul. 40, 7 aus einander gehalten:

Ulpian (lib. XXVII ad Sab.). — Si decem iussus dare et liber esse, quinque det, non pervenit ad libertatem, nisi totum det. Interim igitur vindicare quinque numos dominus eorum potest; sed si residuum fuerit solutum, tunc etiam id alienatum, cuius ante dominium non erat translatum. Ita pendebit praecedentis summae alienatio, sic tamen, ut non retro numi fiant accipientis, sed tunc, quum residua summa fuerit exsoluta.

Es ist Bedürfniß, die beiden Verhältnisse durch besondere Kunstausdrücke zu unterscheiden. Als solche behalte ich für die Fälle der ersten Art den Ausdruck: Rückziehung oder Rückwirkung bei; die der zweiten Art dagegen sollen durch den Ausdruck: Vorwirkung bezeichnet werden [27].

---

vgl. statt aller nur die gleich unten abgedruckte L. 3. §. 5. D. de statul. 40, 7.

27) Für das zweite Verhältniß war, weil es eben noch ganz unbeachtet ist, nirgends ein Kunstausdruck aufzufinden. Nur bei dem Eigentum würden die gebräuchlichen Ausdrücke: dominium revocabile ex tunc und ex nunc für einen einzelnen Fall unsern Unterschied allenfalls bezeichnen. Allein man hat sich daran gewönt, durch sie einen ganz andern Unterschied auszudrücken, den Unterschied nämlich, ob das Eigentum ipso iure an den früheren Eigentümer zurückfällt (was auch bei der Vorwirkung eintritt), oder ob nur eine persönliche Klage auf Rückübertragung statthaft ist. Unter diesen Umständen hätte die

2) Beispiele der Vorwirkung.

Wir wollen nun auch einige Beispiele der Vorwirkung kennen lernen. Auch hier natürlich können wir nur solche wälen, in Betreff deren die Quellen ganz unzweideutig sprechen. Solchen Beispielen nun begegnen wir:

1) zunächst beim Nießbrauch. Der Nießbraucher erwirbt bekanntlich das Eigentum der Früchte erst durch deren Besizergreifung. Vorher stehen die auf irgend eine Weise von der fruchttragenden Sache getrennten[28]) Früchte im Eigentum des Eigentümers dieser leztern. Sowie nun aber der Nießbraucher diese Früchte in Besiz nimmt, erhält er sofort und ohne weiteres deren Eigentum, ohne daß es einer besondern Ueberlieferung von Seite des Eigentümers bedürfte, ja selbst ohne daß dieser den Eigentumsübergang hindern kann. Jedoch wird der Nießbraucher nun nicht etwa rückwärts vom Zeitpunkte der Abtrennung der Früchte an als deren Eigentümer betrachtet; es ist die Besizergreifung nicht etwa rechtlich so anzusehen, als zeige sie blos, daß schon durch jene Trennung dem Nießbraucher das Eigentum zugefallen sei[29]). Vielmehr erscheint hier rechtlich wie thatsächlich die Besizergreifung als der eigentliche Erwerbgrund. Erst durch

20. 1) Beim Nießbrauch. a) Entwickelung.

Beibehaltung und Verallgemeinerung dieser Ausdrücke von vornherein zur Verwirrung führen müssen. Zudem aber sind auch diese Ausdrücke nicht deutsch, und wollen wir eine deutsche, wahrhaft volkstümliche Rechtswissenschaft, so müssen wir suchen, unsere Kunstausdrücke allmählich in deutscher Sprache zu bilden. Sie sind überdies nicht einmal gut lateinisch, endlich zu lang und äußerst unbeholfen.— So war ich denn auf selbstständige Bildung eines Kunstausdruckes angewiesen und habe für die Fälle der zweiten Art gegenüber dem Ausdruck „Rückwirkung" das Wort „Vorwirkung" gewält. Sprachlich mag sich dasselbe durch ähnliche Bildungen, wie Vorsehung, vorschauen, vorschreiten, vordringen, vorstreben u. dgl. rechtfertigen. Sachlich aber scheint sich mir dieser Ausdruck um so mehr zu empfelen, als er nicht blos scharf und treffend den Gegensaz zur Rückziehung bezeichnet, sondern außerdem kurz, handlich und auf alle zu dieser Gattung gehörigen Arten von Verhältnissen leicht übertragbar ist. So erhalten wir z. B. Vorauflösung, vorauflösen, vorauflösbar gegenüber von Rückauflösung, rückauflösen, rückauflösbar u. s. w.

28) Denn ohnedem erscheinen sie als blose Teile der Hauptsache, können sonach als selbstständige Sachen nicht in Betracht kommen.

29) Wie die Glosse zu L. 12 §. 5 D. de usufr. meint.

sie und erst von ihr an sind die Früchte in das Eigentum des Nießbrauchers gekommen. L. 12 §. 5 D. de usufr. 7, 1:

Ulpian (lib. XVII ad Sabin.). — Julianus lib. XXXV Dig. tractat: si fur decerpserit vel desecuerit fructus maturos pendentes, cui condictione teneatur, domino fundi, an fructuario? Et putat, quoniam fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur, licet ab alio terra separentur, magis proprietario condictionem competere, fructuario autem furti actionem, quoniam interfuit eius, fructus non esse ablatos. Marcellus autem movetur eo, quod, si postea fructos istos nactus fuerit fructuarius fortassis [30]), fiant eius; nam si fiunt, qua ratione hoc evenit, nisi ea, ut interim fierent proprietarii. Mox apprehensi fructuarii efficientur, exemplo rei sub conditione legatae, quae interim heredis est, existente autem conditione ad legatarium transit; verum est enim, condictionem competere proprietario. Quum autem in pendenti est dominium, ut ipse Julianus ait [31]) in foetu, qui summittitur, et in eo, quod servus fructuarius per traditionem accepit nondum quidem pretio soluto, sed tamen ab eo satisfacto: dicendum est, condictionem pendere, magisque in pendenti esse dominium.

21. b) Erklärung d. L. 12 §. 5 D. de usufr.

Die Stelle ist an sich vollkommen klar. Sie ist jedoch in der Glosse nicht nur, sondern schon in den Basiliken [32]) und den Scholien dazu auf unbegreifliche Weise mißverstanden und muß

30) Hierher und nicht vor fortassis ist, wie schon Anton Faber (Rationalia in h. l.) richtig bemerkt, das Komma zu setzen. Denn ob der Nießbraucher die gestolenen Früchte erlangen wird, war zweifelhaft, nicht aber, daß sie in diesem Fall sein Eigentum werden. Die Glosse sagt einfach: „fortassis abundat" (?).

31) Hier steht überall in den Ausgaben ein Komma. Man setzt wol besser keins; denn das in foetu etc. gehört wol richtiger als Angabe der Fälle, in denen Julian ein solches Schweben des Eigentums annimmt, zum Zwischensatz. Vgl. L. 25 §. 1, L. 70 §. 1 eod.

32) Bas. XVI., 1, 12. Ich gebe hier die Stelle nach Heimbach's Uebersetzung (Bas. ed. Heimb. t. II. p. 183):

Si fur fructus maturos desecuerit, proprietarius condictionem furtivam habet, usufructuarius autem furti in duplum actionem: fructuum enim dominus non fit, nisi ab eo percipiantur. Si vero postea eos nactus fuerit, eius fiunt. Interim igitur sunt proprietarii, quemadmodum etiam res sub conditione legata ante condi-

deshalb bei ihrer Wichtigkeit für die gegenwärtige Untersuchung genauer besprochen werden.

Der Fall, den Julian behandelt, ist folgender: Die reifen Früchte eines Grundstücks, das im Nießbrauch eines Andern steht, hat ein Dieb abgepflückt und entwendet. Es fragt sich nun, wem steht die condictio furtiva zu, dem Eigentümer des Grundstücks oder dem Nießbraucher? Da die Früchte nur durch Besitzergreifung von Seiten des Nießbrauchers, nicht schon durch die bloße Trennung in das Eigentum desselben fallen: so ist Julian geneigter, sie dem Eigentümer zu geben, dem Nießbraucher aber die actio furti, da er ja doch immer bei dem Diebstal beteiligt gewesen, mehr aber als ein solches Interesse zur Begründung der actio furti nicht erforderlich ist[33]). Darlegung des darin entschied. Falls.

Soweit ist Alles einig; nun aber beginnen die Meinungsverschiedenheiten. Die weitere Erklärung der Glosse ist folgende: Marcellus sei anderer Ansicht als Julian gewesen und habe vielmehr dem Nießbraucher die condictio zugesprochen, weil dieser ja, wenn er später vielleicht die Früchte erlange, deren Eigentum erhalte. Im Folgenden (nam si etc.) werde nun die Ansicht des Marcellus noch weiter auseinandergesezt. Hieran schließe endlich, mit „Quum autem“ beginnend, Ulpian seine eigene Meinung an, die weder die des Julian, noch die des Marcellus sei, sondern zwischen beiden gleichsam die Mitte halte. Ulpian entlehne gegen Julian die Waffen von diesem selbst. Er führe nämlich Beispiele an, in welchen Julian ausdrücklich eine Ungewißheit des Eigentums anerkannt habe. So ein Fall sei aber auch hier gegeben, und es sei daher noch unentschieden, wem schließlich, ob dem Eigentümer oder dem Nießbraucher, die condictio zustehe[34]). 22. Meinung der Glosse.

In ganz gleicher Weise wird die Entscheidung des Ulpian in den Basiliken und den Scholien dazu aufgefaßt.

---

tionis quidem eventum heredis est, postea vero legatarii. Pendet igitur rei condictio et dominium, ut in foetu, qui submittitur, et in eo, quod servo fructuario traditum est, donec pretium solvatur.

33) Vgl. z. B. L. 10, 11, 12 pr. §. 1, L. 26 §. 1 D. de furt. 47, 2.

34) Zu welchen Wunderlichkeiten Accursius im Verfolge dieser Ansicht kommt, ist hier nicht näher zu berühren. Man vgl. darüber Ant. Faber Rationalia in h. l.

23. Ant. Faber's Erklärung. Viel richtiger ist die Erklärung von Anton Faber [35]). Faber erkennt an, daß die Ansicht Ulpian's von der des Julian durchaus nicht verschieden sei, daß vielmehr jener wie dieser blos dem Eigentümer des Grundstückes die condictio einräume. Indessen glaubt auch er, Marcellus wenigstens habe eine abweichende Meinung gehabt. Doch habe er blos dem Eigentümer die Klage absprechen, nicht aber, wie Accursius meine, sie dem Nießbraucher zusprechen wollen. Dagegen nun werde Julian's Meinung von Ulpian verteidigt, und das „nam si fiunt" etc. sei dessen elegante Erwiderung, indem er den Grund des Marcellus gegen diesen selbst umkehre. Denn: „quo jure fierent fructuarii statim atque ab eo apprehensi essent, si non interim fuissent proprietarii?" Ulpian berufe sich auf das Beispiel einer bedingt legirten Sache. Auch hier sei der Erbe inzwischen Eigentümer, obwol beim Eintritt der Bedingung fingirt werde, er sei gar nie Eigentümer gewesen. Folglich, schließe Ulpian, stehe dem Grundeigentümer die condictio zu [36]). Der folgende, mit quum autem beginnende Saz gehöre ebenfalls zur Verteidigung Julians gegen Marcellus. Denn hier zeige Ulpian, es sei zwar nicht neu, daß die condictio furtiva mit dem Eigentum in pendenti sei, aber im obigen Fall sei eben das Eigentum nicht in pendenti [37]). Die Schlußworte condictionem pendere etc. würden von Accursius fälschlich auf den ursprünglichen, in der Stelle behandelten Fall bezogen; sie gingen aber lediglich auf die beiden lezten von Ulpian angegebenen Beispiele.

24. Richtige Erklärung. Soweit Faber! Ich muß mich gegen die ganze Annahme erklären, daß Marcellus mit Julian in Widerspruch gestanden habe. Mir scheint vielmehr zwischen Julian, Marcellus und Ulpian in der Hauptfrage vollständige Einigkeit obgewaltet zu haben. Nur, wenn man dies anerkennt, stehen alle Teile der Stelle in befriedigendem Zusammenhang. Auch sollte man, wenn es sich wirklich um eine

35) Rationalia in L. 12 §. 5 cit.

36) Statt verum est enim liest daher Faber: „verum est ergo."

37) Ebensowenig könne man bei einer bedingt legirten Sache inzwischen sagen, das Eigentum das Erben sei in pendenti. — Wie sich dieser Ausspruch mit Faber's Ansicht verträgt, daß bei dem bedingten Legat eine Rückziehung der erfüllten Bedingung eintrete (S. Rational. in h. l. und in L. 17 D. quib. mod. ususfr. 7, 4), ist mir nicht klar geworden.

Meinungsverschiedenheit zwischen Julian und Marcellus handelte, an der Stelle von autem: contra oder zum wenigsten sed erwarten. So aufgefasst ist nun der Inhalt der Stelle einfach dieser:

Julian hatte die condictio dem Grundeigentümer zuerkannt. Jedoch war dies immer nur gleichsam zögernd geschehen („magis proprietario condictionem competere"). Welchen Grund zum Zweifel mochte aber wol Julian haben? Ulpian lässt denselben ziemlich deutlich durchblicken. Der Entscheidungsgrund Julian's nämlich („quoniam fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur"), sowie die Schlußbemerkung Ulpians (Quum autem etc.") lässt uns schließen, daß Julian bezüglich des Eigentums an den Früchten eine Rückziehung annahm. Nach ihm fielen also die Früchte allerdings nur dann dem Nießbraucher zu, wenn er dieselben in Besiz nahm; erfolgte aber diese Besizergreifung, so war nun der Nießbraucher rückwärts vom Augenblick der Trennung der Früchte an als deren Eigentümer zu betrachten. Man begreift jezt den Zweifel des Julian. Denn vor der Entscheidung, ob die Besiznahme der Früchte durch den Nießbraucher geschehen werde, war es ja ungewiß, wer eigentlich das Eigentum an denselben habe. Dazu kommt, daß zu Julians Zeit der Gegensaz zwischen Sabinianern und Proculianern noch in vollem Leben war. Die Lezteren streng folgerichtig sprachen in solchen Fällen der Ungewißheit vorläufig Keinem das Eigentum zu und ließen sonach auch für Keinen einstweilen die Eigentumswirkungen eintreten [38]. Dies auf unsern Fall angewandt, hätte man dem Grundeigentümer so wenig als dem Nießbraucher die condictio furtiva gestatten dürfen [39]. Julian mochte das Folgerichtige dieser Ansicht wohl fühlen; allein der — durch ein praktisches Bedürfniß getragenen — Neigung der Sabinianer folgend, auch in jenen Fällen des Zweifels bereits eine gewisse vorläufige Regelung vorzunehmen [40], räumte er trozdem — obgleich zögernd — dem Grundeigentümer die condictio ein.

Meinung Julians.

---

38) Vgl. oben Anm. 15.

39) Ich erinnere hier nur gelegentlich daran, daß die condictio furtiva blos dem Eigentümer zusteht. L. 1. D. de cond. furt. 13, 1.

40) Vgl. Gai. II., 195 vbd. mit 200; L. 69 D. de usufr. 7, 1: Pompon. lib. V. ad Sabinum („quum substituit, de sinit eius esse." vgl. L. 70 §. 1 eod.) Pomponius war bekanntlich ebenfalls Sabinianer.

Ansicht des Marcellus.

Wie verhielt sich nun hiezu Marcellus? Marcellus, weit entfernt, die Hauptentscheidung Julians zu mißbilligen, war vielmehr nur noch entschiedener der Ansicht, daß die condictio dem Grundeigentümer zu geben sei. Denn, sagte er, jener ganze Zweifel des Julian ist unbegründet; es kann hier gar nicht von einer Rückziehung, von einer vorläufigen Ungewißheit des Eigentums die Rede sein, sondern vor der Besitzergreifung der Früchte durch den Nießbraucher und bis zu derselben steht das Eigentum an diesen Früchten auf jeden Fall dem Grundeigentümer zu. Dieser ist somit im Fall der Entwendung ganz zweifellos der allein zur condictio Berechtigte. Daß dem wirklich so, leitet Marcellus ganz mit der Schärfe und Kürze des klassischen römischen Rechtsgelehrten einfach daraus ab, daß ja die Früchte erst durch die Besitzergreifung Eigentum des Nießbrauchers würden; denn (so findet selbst Ulpian nothwendig, zum Verständniß seiner Leser erläuternd beizufügen), wenn sie jezt erst Eigentum des Nießbrauchers werden, so folgt ja ganz unabweislich, daß sie vorher nicht dessen Eigentum, sonach, was allein übrig bleibt, Eigentum des Grundeigentümers gewesen sind [41].

---

41) Marcellus autem movetur eo, quod, si postea fructus istos nactus fuerit fructuarius fortassis, fiant eius; nam si fiunt, qua ratione hoc (sc. quod fiunt) evenit, nisi ea, ut interim fierent proprietarii. — Diese Begründungsweise ist freilich spizig, und ein deutscher, an gehörige Gründlichkeit und gemütliche Ausführlichkeit gewönter Kopf erschrickt fast davor. (Zu wie vielen Seiten möchte wol ein deutscher Gerichtshof den Entscheidungsgrund des Marcellus ausgesponnen haben?) Daß solche Schlußfolgerung aber auch sonst den römischen Rechtsgelehrten und insbesondere dem Marcellus nicht fremd war, mag eine dem Inhalt nach nahe verwandte Stelle beweisen: L. 4. §. 3. D. de in diem addict. 18, 2: Ulp. (lib. XXVIII. ad Sab.) — Sed et Marcellus lib. V. Dig. scribit, pure vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dedisset. Ex quo (sc. quod desinit) colligitur, quod emtor medio tempore dominus esset, alioquin nec pignus teneret. — Auch hier also wird in ganz ähnlicher Weise aus dem Aufhören des Pfandrechts geschlossen, daß es vorher bestanden haben müsse, daß demnach der Käufer in der Zwischenzeit Eigentümer gewesen sei. Und zwar erscheint dies, wenn wir nach einer im codex Florentinus von dessen Abschreibern selbst gemachten Berichtigung lesen: dominus esset, als Schluß des Marcellus selbst. Es ist dann bei dem ex quo colligitur hinzuzuden-

In der That, fārt nun Ulpian dem Marcellus beipflichtend fort, kommen die Früchte erst durch die spätere [42]) Besiznahme in das Eigentum des Nießbrauchers. Es ist gerade so, wie bei einer bedingt legirten Sache. Auch diese ist vorläufig Eigentum des Erben und geht erst mit erfüllter Bedingung auf den Legatar über [43]). In beiden Fällen tritt keine Rückziehung, sondern eine blose Vorwirkung ein [44]). Es ist nämlich richtig, daß die condictio dem Grundeigentümer zusteht [45]). Hätten wir dagegen (und darin liegt ein leiser Tadel des Julian, der von unrichtigen Voraussezungen ausgehend dennoch, also offenbar durch einen Mangel an Folgerichtigkeit, zur richtigen Entscheidung gekommen war), — hätten wir hier wirklich einen Fall der Rückziehung, der vorläufigen Ungewißheit des Eigentums [46]), wie wir ihn, eben nach Julian, bei zwei andern Verhältnissen [47]) anerkennen müssen:

Ansicht Ulpians.

---

ken: a Marcello. Lesen wir dagegen, wie ursprünglich geschrieben war: est, so ist der lezte Saz eine Bemerkung von Ulpian („daraus ist zu schließen ꝛc.“), die indessen natürlich noch nicht ausschließt, daß Ulp. bei Marc. bereits eine ähnliche Bemerkung gefunden hat.

42) „Mox“; weist auf die schon vorher geschehene Trennung der Früchte hin.

43) Der Schwerpunkt liegt auf dem „transit“.

44) Bezüglich des bedingten Legates wird dies gleich unten näher nachgewiesen werden.

45) „Verum est enim, condictionem competere proprietario.“ (Daß Ulp. hier den proprietarius fundi meint, und nicht blos den allgemeinen Saz aussprechen will: die cond. furt. stehe dem Eigentümer der gestolenen Sache zu, ist wol unzweifelhaft). Allerdings sollte man diesen Saz eher als Folgerung aus dem Vorhergehenden erwarten; allein es scheint mir doch kein Grund vorzuliegen, mit Ant. Faber „enim“ in „ergo“ zu ändern. Denn dem Ulpian unterlag es von vornherein keinem Zweifel, daß dem Grundeigentümer die condictio zustehe, und gerade darin, daß dies nach ihm unzweifelhaft richtig ist (während es nach Julians Ansicht von einer hier eintretenden Rückziehung unrichtig sein würde), sieht er den entscheidenden Grund für die Wahrheit der Annahme des Marcellus. Dies ergibt sich auch aus dem gleich folgenden Gegensaze.

46) „Quum autem in pendenti est dominium etc.“ Das quum ist hier kein quum causale, sondern ein quum temporale, worauf schon der Indicativus hinweist. Es ist daher zu übersezen: Wann aber ꝛc.“ oder noch besser: „Da (in den Fällen) aber, wo ꝛc.“

47) Vgl. L. 25 §. 1 L. 70 §. 1 eod. 7, 1, in welchen beiden Stellen dasselbe

so müssen wir sagen, daß wegen und mit dieser Ungewißheit des Eigentums [48]) vorläufig auch die Frage, wem die condictio zustehe, noch im Ungewissen sei.

So gefasst sind alle Teile der Stelle im vollkommensten Einklang. Zugleich aber finden wir darin den schlagenden Beweis, daß wirklich bei dem Nießbrauch das oben geschilderte Verhältniß, d. h. eine Vorwirkung eintritt. Es geht dies aus unserer Stelle mit um so größerer Gewißheit hervor durch die Zusammenstellung mit einem andern entschiedenen Falle der Vorwirkung (worüber gleich unten) und die Entgegensezung von Fällen wahrer Rückziehung.

35ste Buch der Digesten Julians angezogen wird. — Warum heißt es im zweiten Beispiele: nondum quidem pretio soluto, sed tamen ab eo satisfacto?" Weil außerdem beim Kauf durch die geschehene Uebergabe das Eigentum noch nicht an den Käufer kommt, folglich auch von einer Ungewißheit darüber, wem dies Eigentum erworben worden sei, keine Rede sein kann. Vgl. L, 19, 53 D. de contr. emt. 18, 1.

48) Um dies ganz besonders hervorzuheben, fügt Ulpian zum Schlusse nochmals bei: „magisque in pendenti esse dominium." Zugleich liegt in dem Saze: „Quum autem in pedenti est dominium: dicendum est, condictionem pendere, magisque in pendenti esse dominium" wieder eine feine und sogar ziemlich boshafte Anspielung auf Julian, der in einem Falle, in welchem er, wie in den beiden leztgenannten, eine Rückziehung, also ein dominium, quod in pendenti est, angenommen hatte, dennoch entschied: magis proprietario condictionem competere. Denn die cond. furtiva konnte ja immer nur dem Eigentümer zustehen, durch ihr Zuerkennen war daher m. a. W. das Eigentum zuerkannt. Demnach — und das will Ulpian hier zu verstehen geben — war Julians Entscheidung nicht viel besser, als ob er gesagt hätte: „Dominium fructuum, quamquam in pendenti est, tamen puto, magis proprietario competere". „Nein", sagt Ulpian, „wenn das Eigentum wirklich in pendenti ist, so darf man nicht sagen: magis proprietario competere dominium, sondern vielmehr: magis in pendenti esse dominium." — Dieser Schlußsaz: magisque etc. ist also nicht nur nicht als überflüssiger Lückenbüßer zu betrachten oder gar aus einer gewissen Redseligkeit zu erklären, die man sonst wol dem Ulpian schon vorgeworfen hat, sondern in ihm liegt vielmehr die eigentliche Spize des ganzen Ulpianischen Bruchstücks.

2) Einen zweiten Fall der Vorwirkung gibt uns L. 11. D. de donat. int. vir. et uxor. 24, 1. Wir werden auf diese wichtige Stelle noch näher zurückkommen. Hier genügt die Bemerkung, daß nach deren unzweideutigem Ausspruch eine Schenkung Todes halber zwischen Ehegatten jedenfalls in der Weise vorkommen kann, daß erst beim Tode des Schenkers das Eigentum auf den Beschenkten übergehen soll, dann aber auch ohne neue Tradition ohne weiteres übergeht.

25. 2) Schenkung Todes halber unter Ehegatten.

3) Der wichtigste Fall der Vorwirkung endlich tritt uns bei der bedingten testamentarischen Freilassung und dem bedingten Vermächtniß entgegen. Hier aber stehen wir auf sehr bestrittenem Boden, und hier wird daher hauptsächlich unsere Lehre von der Vorwirkung sich zu bewären haben. Von jeher nämlich waren die Rechtsgelehrten darüber uneinig, ob bei bedingten Vermächtnissen, wie bei bedingten Geschäften unter Lebenden, die erfüllte Bedingung zurückzubeziehen sei. Nur war früher die verneinende Meinung die vorherrschende, während in neuester Zeit der bejahenden das Uebergewicht zukommt[49]).

26. 3) Bedingte Vermächtnisse u. Freilassungen. a) Entwickelung.

---

49) Zum Beweise, daß ich diesen Gegenstand mit einiger Gründlichkeit behandelt habe, mögen hier die bedeutendsten Stimmen für und wider, eine Stelle finden. Gegen die Rückziehung erklären sich ganz entschieden: Cujacius: ad L. 78 pr. D. de V. O. (Opp. ed. Neap. t. I. p. 1216); — Balduinus: Commentar. de conditionn. (Zuerst 1557.) cap. XIII. (In Jurispr. Romana et Attica. t. I. p. 377 sq.); Ziegler: De conditionn. (1655) §. 132; Ravensberg: Opusc. de conditionn. (1752) cap. VI. §. 20 (p. 516 sqq.); Majansius: Disputat. iuris. Lugd. Batav. 1752. Disp. XL. §. 31 (t. II. p. 121). In neuester Zeit: Gesterding: Ausführl. Darstellg. der Lehre v. Eigenthum. Greifswald 1817. S. 34; Wening-Ingenheim: Lehrb. des gem. Civilrechts. 3te Aufl. Münch. 1827. §. 88 (Bd. 1 S. 154) vgl. mit 458 (Bd. 2 S. 210); Thibaut: Syst. des Pand. R. 8. Ausg. 1834. §. 954 a. E. (9te Ausg. bes. v. Buchholtz. Jena 1846. §. 973 a. E.); Roßhirt: Die Lehre v. den Vermächtnissen. Tl. I. Heidelbg. 1835. S. 477 b.; Marezoll in der Ztschr. f. CR. u. Pr. Bd. 9 (1836) S. 84.; Göschen: Vorlesungen üb. das gem. CivilR. Herausgeg von Erxleben. Bd. 1 (Göttingen 1838) §. 99 (S. 292 f.), Bd. 3 Abt. 2 §. 806 (S. 79); Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. 1 (Lpzg. 1839) S. 770 f.; Huschke in der Ztschr. f. CR. u. Pr. Bd. 20 (1844) S. 149.

Für die Rückziehung dagegen ist wol schon Donellus anzuführen: ad L. 78 pr. D. de V. O. bes. §. 7 (Opp. t. XI. p.

Es ist hier nicht der Ort, uns auf die Gründe einzulassen, die man von beiden Seiten teils für die eine, teils für die andere

---

1298) vgl. ad L. 41 §. 1 eod. §. 54 (p 893). Er behandelt wenigstens bedingte Vermächtnisse ganz wie bedingte Geschäfte unter Lebenden, und lässt überall, wo er bei diesen eine Rückziehung der Bedingung anerkennt, dieselben auch bei jenen eintreten. Entschiedener noch ist Ant. Faber: Rational. in Pandectas (1618). Ad L. 17 D. quib. mod. ususfr. 7, 4 vgl. ad L. 12 §. 5 D. de ususfr. 7, 1. Von da an ist mir bis zu Glück: Erläut. der Pand. Bd. 20 (1819) S. 231 f. kein Schriftsteller bekannt geworden. (Glück beruft sich auf Vinnius: Sel. iur. quaest. (Ed. IV. 1685) Lib. II. cap. 5. Allein V. sagt dort mit keinem Worte, daß bei bedingten Vermächtnissen eine Rückziehung eintrete. Vielmehr ist aus dieser Stelle im Zusammenhalt mit Comment. in Institut. lib. III. tit. 16. § 4. Nro. 5 u. 6 weit eher auf die entgegengesezte Ansicht des V. zu schließen). Unter den neuesten Schriftstellern dagegen verbreitet sich diese Ansicht immer mehr, obwol ich keine eigentliche genauere Untersuchung der — doch gewiß nicht unwichtigen — Frage gefunden habe: So: W. Sell: Ueb. bedingte Traditionen (1839) S. 149 (vgl. S. 28, 113); Savigny: System. Bd. 3 S. 152 Ziff. 4; Mühlenbruch: Lehrbuch des Pand. R. 3te Aufl. Tl. 3 (Halle 1840) §. 650 g. E. Vgl. Fortſ. des Glück'schen Comment. Bd. 41 (1840) S. 49 Anm. 91, S. 52 f. u. S. 53 Anm. 98; Puchta Vorlesgen §. 61 Ziff. 1 u. 2; Vangerow: Lehrb. der Pand. 6te Aufl. Bd. 1 (Marburg 1851) S. 165 Ziff. 3; M. S. Mayer: D. Lehre v. d. Legaten und Fideicommissen. Abt. I. (Tübingen 1854) §. 2 Anm. 11 (S. 9 g. E.); Arndts: Lehrbch. der Pand. 2te Aufl. (Münch. 1855) §. 71 Anm. 3 (wo die Rückziehung der Bedingung auch durch Stellen, die von den Vermächtnissen hergenommen sind, belegt wird). Vgl. Arndts im Rechtslexikon Bd. 6 (1845) S. 325.

Da man indessen mit keiner dieser beiden Ansichten folgerecht durchgeführt alle Aussprüche unserer Quellen erklären kann oder doch erklären zu können glaubte, so sind manche Rechtsgelehrte zu einer dritten Ansicht gekommen. Sie erkennen nämlich den Saz im Allgemeinen an, daß bei bedingten Vermächtnissen keine Rückziehung stattfinde; in gewissen Beziehungen jedoch sei eine Ausnahme gemacht, also wieder eine Rückziehung vorgeschrieben. Hierher gehört eigentlich schon Donellus a. a. O.; nur nimmt er für bedingte Geschäfte unter Lebenden das nämliche an. Ferner: Brusselius: De conditionn. (1560). Lib. II. tit. 3 §. 46. (Bezüglich der vom Erben inzwischen gemachten Verfügungen trete eine Rückziehung ein). Hierher ist, wenn ich ihn recht verstehe, auch zu rechnen: Averanius; Interpretat. iuris libri V. (Lugd. 1751) Lib. III. cap. 9 §. 7 sqq.

Meinung geltend gemacht hat. Ich begnüge mich damit, die Frage nach den Aussprüchen unserer Quellen zu entscheiden. Und da glaube ich denn nun und nimmermehr, daß sich in Hinsicht auf den Erwerb eines bedingten Vermächtnisses die Annahme einer Rückziehung in irgend einer Beziehung rechtfertigen läßt [50]). Es tritt vielmehr ganz entschieden eine blose Vor-

---

vgl. mit §. 5 (Quoad obligationem legati werde nicht zurückgezogen, aber wol quoad dominium). Dieselbe Ansicht scheint zu haben: Sintenis: Das prakt. gem. CivilR. Bd. 1 (Lpzg. 1844) S. 173 Anm. 34 a. E. vgl. mit Bd. 3 (1851) S. 736 a. E.

Der ganze dermalige Stand der Frage prägt sich am deutlichsten aus in der Inauguralabhandlung von E. A. Seuffert: Das gesezl. Veräußerungsgebot bei Sing.- und Univers.-Vermächtn. Münch. 1854 S. 4: „Wenn nun aber auch die rückwirkende Kraft der eingetretenen Bedingung nicht in so ausgedehntem Maße angenommen werden darf, daß man den ganzen Rechtszustand während der Schwebe der Bedingung für rückwärts nicht vorhanden und nichtig ansieht, so steht doch andererseits nicht minder fest, daß existente conditione alle dem Rechte des Legatars zuwiderlaufenden Verfügungen des Erben, soweit sie ihre Wirkungen über den Zeitpunkt der conditio existens hinaus erstreckt haben würden, ipso iure der Rescission unterlagen, als wären sie von einem Nichteigentümer ausgegangen, und daß der Legatar die vermachte Sache gegen Jeden vindiciren konnte, gerade als wenn er das Eigentum unmittelbar vom Erblasser überkommen haben würde. Es geschah dies aber nicht zufolge eines Veräußerungsverbotes, sondern in Kraft der positivrechtlich anerkannten Natur der Bedingung.“ Daß Seuffert diese Folgen aus einer Rückziehung ableitet, zeigt sich auf S. 6, 45, 48 deutlich genug. — Also in Betreff der Verfügungen, welche dem Vermächtnißnehmer nachteilig sind, findet eine Rückziehung statt, in Betreff der ihm vorteilhaften nicht (S. Seuffert S. 4 Anm. 9). Damit haben wir aber ein Ding, das je nach dem Standpunkt weiß oder schwarz ist, einen wahren juristischen Proteus, der in jedem Augenblick eine andere Gestalt annimmt. Wo bleibt hier die gerühmte, ja sogar vielfach getadelte, strenge Folgerichtigkeit der römischen Rechtsgelehrten; wo der juristische Tact, der sie instinctmäßig überall das Richtige treffen ließ?!

50) Schon durch die Betonung des Erwerbs ist ausgesprochen, daß ich bei Vermächtnissen nicht die Rückziehung der Bedingung überhaupt leugne. Es verträgt sich auch die Annahme einer Rückziehung der Bedingung ganz gut mit der Annahme einer blosen Vorwirkung bezüglich des Erwerbs. Jedoch muß ich mir den Nachweis und die Ausführung für einen andern Ort vorbehalten.

wirkung ein. Mit Erfüllung der Bedingung wird also der Sklave zwar unmittelbar und ohne weiteres frei, der Vermächtnißnehmer erhält unmittelbar und ohne weiteres das Eigentum der vermachten Sache oder die Forderung gegen den Belasteten; aber in allen genannten Fällen erstreckt sich diese Wirkung nur vorwärts in die Zukunft, nicht auch schon rückwärts in die Vergangenheit. Das Eigentum des Erben hört beim Eintritt der Bedingung zwar ipso iure auf, aber bis zu diesem Zeitpunkte ist er in jedem Fall Eigentümer gewesen. Es wird in keiner Weise so angesehen, als habe er niemals Eigentum an der vermachten Sache gehabt.

27. b) Beweis. Zum Beweise meiner Behauptung kann ich mich hier füglich auf einige deutlich redende Stellen beschränken; denn unten bei Betrachtung der einzelnen Anwendungen der Rückziehung und Vorwirkung werden wir ohnehin vielfach auf die Frage zurückkommen, und da wird, wie ich glaube, die Wahrheit des obigen Satzes auf ganz unwiderlegliche Weise sich ergeben.

α) Beim statuliber. Ich will meine Beweisführung bei der bedingten testamentarischen Freilassung beginnen [51]).

Ich berufe mich hinsichtlich dieser nicht darauf, daß in unseren Quellen nirgends mit einem Worte von Rückziehung beim statuliber die Rede ist, während die Fälle der Rückziehung bei der Freiheit in der Regel ganz besonders als solche bezeichnet werden [52]). Auch nicht darauf, daß an vielen Orten ausdrücklich gesagt wird, der statuliber sei vor Eintritt der Bedingung Sklave des Erben [53]); denn man könnte immer noch einwenden, dies vertrage sich auch mit der Rückziehung, da ja auch bei dieser der

---

51) Es versteht sich von selbst, daß hier nur von der directen testamentarischen Freilassung (also vom s. g. statuliber: Ulp. II., 1; L. 1 pr. D. de statul. 40, 7) die Rede ist; denn bei der fideicommissarischen Freiheitserteilung bedarf es ja noch einer besondern Freilassung durch den Belasteten (wovon freilich zu Gunsten der Freiheit immer zalreichere Ausnahmen gemacht wurden), es kann somit unsere Frage sich gar nicht aufwerfen. — Ueber das Verhältniß der statuliberi im Allgemeinen s.: Dig. XL., 7 de statuliberis; Ulp. II. de statulibero; Madai: Die Statuliberi des röm. Rechts. Halle 1834.

52) Vgl. L. 3, 19 D. de manum. vind. 40, 2; L. 7 D. de manum. test. 40, 4;

53) S. z. B. Ulp. II., 2; L. 9 pr., 29 pr. D. h. t.: L. 1 §. 3 D. si is qui test. 47, 4 etc.

Erbe inzwischen das — freilich durch die Erfüllung der Bedingung rückwärts sich auflösende — Eigentum an dem Sklaven habe. Auf all das, wie gesagt, berufe ich mich nicht, sondern nur auf Stellen, denen gegenüber kein Ausweg mehr möglich ist. Eine solche Stelle ist aber zunächst L. 1 Cod. an servus ex suo facto post manumissionem teneatur 4, 14:

Imp. Severus A. Juventiano: — Quamvis cum statulibero contraxeris, tamen ex ante gesto te non habere cum eo post impletam conditionem libertatis actionem, scire debes.

Zum richtigen Verständniß dieser Stelle erinnere man sich nur an den Saz des römischen Rechts, daß aus Verbindlichkeiten, die ein Sklave während des Sklavenstandes eingegangen hat, nach der Freilassung gegen denselben keine Klage statthaft ist[54]. Wenn nun dies auch beim statuliber nach erfüllter Bedingung der Freiheit und in Bezug auf Verpflichtungen anerkannt wird, welche in die Zeit der Statulibertät fallen, so verträgt sich damit der Gedanke an eine Rückziehung schlechterdings nicht. Denn fände eine Rückziehung statt, so hätte sich ja nachträglich herausgestellt, daß der statuliber beim Abschluß des Geschäftes bereits Freier war, und es wäre daher auch nicht der Schatten eines Grundes vorhanden, die Klage gegen ihn zu verweigern. Am wenigsten hätte man eine solche Weigerung auf den bei Sklaven nach der Freilassung geltenden Grundsaz stüzen können.

Noch viel beweisender sind aber die Stellen, worin uns gesagt wird, daß das von der statulibera während der Statulibertät geborene Kind Sklave des Erben sei. L. 16 D. h. t. 40, 7:

Ulpian (lib. IV Regul.). — Statulibera quidquid peperit, hoc servum heredis est.

Vgl. L. 3. §. 16 eod. verb.: si Arethusae libertas ita sit data, „si tres servos pepererit." Ließe das römische Recht bei dem statuliber eine Rückziehung eintreten, so würde dieser Saz gegen die allerstärksten Rechtsgrundsäze verstoßen. Aber noch mehr! Bei der Begünstigung der Freiheit, namentlich der Freiheit solcher Kinder, die wir überall in unsern Quellen finden[55], zeigt viel-

---

54) L. 28 §. 7 D. de liber. leg. 34, 3: Nemo ex servitutis actu post libertatem tenetur. L. 2, 5 C. tit. cit. 4, 14; Paul. R. S. II., 13 §. 9. — Vgl. jedoch L. 14 D. de O. et. A. 44, 7 u. L. 4 C. t. c. S. Savigny System Bd. 2 S. 424 ff.

55) Man vgl. in dieser Hinsicht nur z. B. L. 5. §. 2, 3 D. de stat

mehr eben dieser Satz, daß deren Freiheit die allerstärksten Rechtsgrundsätze entgegenstehen müssen, daß also an Rückziehung kein Gedanke sein kann. Man sehe auch nur, wie in einem Falle der Rückziehung von solchen Kindern gesprochen wird. L. 19 D. de manum. vind. 40, 2:

Celsus (lib. XXIX Dig.). — Si minor annis apud consilium matrimonii causa praegnantem manumiserit, eaque interim pepererit, in pendenti erit, servus an liber sit, quem ea peperit [56]).

Wollte aber ein hartnäckiger Anhänger der Rückziehung jene Stellen vielleicht so erklären: das Kind werde allerdings Sklave, aber nur wie seine Mutter, d. h. der Erbe habe daran nur ein bei dem Eintritt der Bedingung rückwärts sich auflösendes Eigentum: so felt es auch einem solchen Einwand gegenüber nicht an einer Antwort aus den Quellen. In L. 15 u. 16 D. de statu hom. 1, 5 wird nämlich von Tryphonin und Ulpian der Fall gesetzt, es sei eine Sklavin testamentarisch freigelassen worden unter der Bedingung: „wenn sie drei Kinder geboren haben würde." Die Sklavin gebärt zuerst Ein Kind, dann aber Drillinge, oder zweimal Zwillinge, und es werden nun genaue Untersuchungen darüber angestellt: „an et quis eorum liber esset?" Die Entscheidung ist, das zuletzt geborene Kind sei frei, denn es sei ja

---

hom. 1, 5; L. 53—55 D. de fideic. libert. 40, 5; L. 6 pr. D h. t. etc.

56) Wenn der Herr noch nicht 20 Jare alt war, so war nach der Lex Aelia Sentia nur eine Freilassung durch Vindicta und auch blos dann zulässig, wenn bei einem eigens hiezu eingesetzten consilium eine iusta causa manumissionis nachgewiesen war. Vgl. §. 4 J. qui et quib. ex caus. 1, 6; Puchta: Institut. §. 213. — Als eine solche iusta causa wurde nach einem SCtum (Vgl. L. 13 fin. D. de manum. vind. 40, 2; L. 21 D. qui et a quib. 40, 9) auch die Absicht betrachtet, die freizulassende Sklavin zur Ehe zu nehmen. Nur mußte dann die Ehe innerhalb sechs Monaten erfolgen, außerdem war die Freilassung von Anfang an völlig wirkungslos. §. 5 J. tit. cit., LL. 13, 21 citt. (vgl. L. 14 §. 1 D. de manum. vind. 40, 2). — War nun, und das ist der Fall des Celsus in L. 19 eod. die Sklavin zur Zeit der Freilassung schwanger gewesen und vor Ablauf der sechs Monate („interim") niedergekommen, so war es einstweilen noch ungewiß, ob das Kind frei oder Sklave geboren sei. Als frei erwies es sich, wenn während jener Zeit die Ehe erfolgte, als Sklave im umgekehrten Fall.

bereits nach Erfüllung der Bedingung geboren worden. Wozu all das, wenn es nun doch feststand, daß alle Kinder rückwärts als frei zu betrachten waren?

Man wird mir jezt wol beim statuliber die blose Vorwirkung zugeben [57]). Damit jedoch, wird man sagen, ist für das bedingte Vermächtniß noch gar nichts bewiesen; denn bei beiden treten ja ganz verschiedene Verhältnisse ein. Den lezten Punkt habe ich hier nicht zu untersuchen, obwol es nicht schwer sein möchte, seine Ungegründetheit darzulegen. Was aber den ersten betrifft, so ist allerdings mit dem Beweis für die bedingte testamentarische Freilassung auch wenigstens für das bedingte Vindicationslegat bereits der Beweis erbracht worden. Denn Gaius sagt uns ausdrücklich, daß die Sabinianer ihre — im corpus iuris angenommene — Ansicht über das bedingte Vindicationslegat dem Verhältnisse beim statuliber abgesehen und nachgebildet haben [58]). Auch wird in den Digesten überall das bedingte legatum per vindicationem mit dem statuliber zusammengestellt. Ein Beispiel gibt gleich die folgende L. 1. §. 4. D. de SC. Silan.; andern werden wir im Laufe der Darstellung noch vielfach begegnen. 28. β) Bei bedingten Vermächtnissen. αα) Vindicationslegat.

Uebrigens felt es aber auch für das bedingte Vermächtniß gar nicht an sehr unzweideutigen Quellenaussprüchen. So für das bedingte Vindicationslegat, um zunächst bei diesem stehen zu bleiben, vor allem L. 1 §. 4 D de SC. Silan. 29, 5:

Ulpian (lib. I ad Edict.). — Servi appellatione etiam hi continentur, qui sub conditione legati sunt; nam medio tempore heredis sunt, nec, quod conditio existens efficit, ut desinant esse heredis, facit, ne videantur interim eius esse. Idemque erit dicendum in statulibero.

Man sieht, die Stelle beweist unwiderleglich, nicht nur durch die Gleichsezung mit dem statuliber, sondern weil in ihr

---

57) Und in der That war darüber unter den römischen Rechtsgelehrten wol niemals ein Zweifel (vgl. Gai. II., 200), während es nach einigen Andeutungen bei Gaius allerdings scheint, daß bei bedingten Legaten die Proculianer eine Rückziehung (auch in Bezug auf den Erwerb) annahmen. Vgl. Gai. II., 200 u. 245.

58) Gai. II., 200: Illut quaeritur, quod sub condicione per vindicationem legatum est, pendenti condicione cuius esset? Nostri praeceptores heredis esse putant exemplo statuliberi, id est eius servi qui testamento sub aliqua condicione liber esse iussus est, quem constat interea heredis servum esse. Sed etc.

geradezu unser Saz ausgesprochen ist. Ulpian scheint sogar ausdrücklich seine Bemerkung: nec quod etc. auf die Möglichkeit berechnet zu haben, daß Jemand hier eine Rückziehung könnte annehmen wollen 59). Will aber Jemand dieser Bemerkung den Sinn unterlegen, Ulpian habe damit nur sagen wollen, daß der Erbe an der bedingt legirten Sache ein vorläufiges, wenngleich rückauflösbares Eigentum habe (nachdem er gerade vorher schon gesagt hatte, daß der Erbe in der Zwischenzeit Eigentümer sei!): so will ich mit diesem nicht rechten; denn wir sind keineswegs auf diese Stelle beschränkt. Nicht minder deutlich spricht L. 12 §. 5 D. de usufr. 7. 1, die wir schon oben (Ziff. 20.) kennen gelernt haben. Hier ist sogar das bedingte Vindicationslegat gegenüber Fällen der Rückziehung ausdrücklich als Beispiel eines Falles benuzt, in dem keine Rückziehung eintrete 60). Daran mag es einstweilen genügen; wer hier noch Zweifel haben sollte, der wird unten bei Betrachtung einzelner Anwendungen vollkommen überführt werden 61). Auf die Sprachweise unserer Quellen, so deutlich sie ist, und so sehr sonst überall die Fälle der Rückziehung hervorgehoben werden 62), habe ich auch hier gar nicht einmal Rücksicht genommen 63).

---

59) Was sich leicht erklärt, wenn wir dies als die Meinung der Proculianer betrachten. S. Anm. 57.

60) Man beachte auch die Ausdrucksweise in dieser Stelle: „Exemplo rei sub conditione legatae, quae interim heredis est, existente autem conditione ad legatarium transit."

61) Man vgl. nur einstweilen etwa noch L. 17 D. quib. mod. ususfr. 7, 4.

62) S. L. 17 §. 1, L. 34—36 pr. D. ad L. Aquil. 9, 2; L. 44 pr. §. 1, L. 86 §. 2 D. de Legat. I. (30), L. 15 D. de reb. dub. 34, 5; L. 3 D. de manum. vind. 40, 2; L. 7 D. de manum. test. 40, 4 u. v. a.

63) Denn die römischen Rechtsgelehrten werden häufig als Leute betrachtet, die zwar regelmäßig das Rechte getroffen hätten aber selten mit eigentlich klarem Bewußtsein, sondern nur aus so einer Art dunkelem, aber nie irreleitendem Gefühl. Deshalb hätten sie sich denn auch sehr oft nur sehr uneigentlich ausgedrückt und selten oder fast nie seien ihre Ausdrücke ganz wörtlich zu nehmen. Demnach betrachtet man es als heilige Pflicht, jenem wahren Sinn nun auch nachträglich seinen wahren Ausdruck zu geben. Heißt es also z. B. bei dem Römer: servitus (quam fundo sub conditione legato heres pendente conditione imposuit) finitur (Vgl. L. 105 D. de condit. 35, 1): so

Es ist nun die Vorwirkung nur noch für das bedingte Damnationslegat nachzuweisen, indem ich bezüglich des Vindicationslegates blos noch bemerke, daß auch bei dem besagten Vindicationslegat eine Vorwirkung eintritt, wovon jedoch erst später näher geredet werden kann (S. Ziff. 73.).

Was das Damnationslegat angeht, so spricht für die blose Vorwirkung bei demselben schon das gleiche Verhältniß bei dem Vindicationslegat. Uebrigens haben wir auch hier mehrfache klare Aussprüche unserer Gesetze. Freilich die allerschlagendsten kann ich nicht benuzen, diejenigen nämlich, wonach der Legatar erst im Augenblicke der erfüllten Bedingung die Forderung gegen den Belasteten erwirbt, wovon dann eine Folge ist, daß dieselbe dem Gewalthaber des Legatars nur dann zuzusprechen ist, wenn in jenem Augenblicke das Gewaltverhältniß noch fortdauert[64]). Denn dies wird ja häufig mit der Rückziehung für verträglich gehalten[65]). Indessen genügen für unsern Zweck schon die folgenden Stellen: L. 41 D. de condit. 35, 1: 29. ββ) Damnationslegat.

Ulpian. (lib. XXXIV ad Ed.). — Legata sub conditione relicta non statim, sed quum conditio extiterit, deberi incipiunt: ideoque interim delegari non potuerunt[66]).

L. 81 §. 1 D. eod.:

Paul. (lib. XXI Quaest.). — Tunc demum pro impleta habetur conditio, quum per eum stat, qui, si impleta esset, debiturus erat[67]).

L. 27 pr. D. qui et a quib. 40, 9,

Hermogenian. (lib. I iur. Epitomat.). — In fraudem creditorum manumittitur, liberque esse prohibetur, sive dies

---

ist das nur so dem äußeren, praktischen Erfolg nach richtig; scharf gesprochen müßte es heißen: ab initio non constitisse ex postfacto intelligitur oder etwas dgl. — Der römische Rechtsgelehrte, wenn vielleicht sein Geist die Orte umschwebt, wo seine Schriften so eifrig gelesen und bearbeitet werden, blickt über die Schulter und lächelt des wohlgemeinten Beginnens.

64) S. L. 5 §. 7, L. 14 §. 3. D. quando dies legat. 36, 2; vgl. L. 18 D. de R. J. 50, 17.

65) So namentlich Donellus ad L. 78 pr. D. de V. O. (Opp. t. XI., p. 1291 sqq.) Ich komme unten auf die Frage zurück.

66) Die Stelle ist unten näher zu besprechen.

67) Daß die Stelle von einem Legat handelt, ergibt sich schon aus dem Titel und dem Zusammenhang, in dem sie steht.

solvendae pecuniae jam cessit, sive in diem vel sub conditione sit debitum. Diversa causa est legati sub conditione relicti; nam antequam conditio extiterit, inter creditores legatarius iste non habetur [68]).

Ebenso L. 42 pr. D. de O. et A. 44, 7:

Ulpian. (lib. XXI ad Edict.). — Is, cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor, sed tunc, quum extiterit conditio, quamvis eum, qui stipulatus est sub conditione, placet, etiam pendente conditione creditorem esse [69]).

Volle Bestätigung werden uns noch manche später zu betrachtende einzelne Anwendungen verschaffen.

30. Einwand aus L. 9 §. 2 D. qui pot. in pign.

Schwierigkeit scheint nur eine Stelle zu machen, welche ganz bestimmt auf eine Rückziehung hinzudeuten scheint, nämlich L. 9 §. 2 D. qui pot. in pign. 20, 4 aus Africanus (lib. VIII. Quaest.). Nachdem Africanus in §. 1 gesagt hat, daß ein Gläubiger, der für eine bedingte Forderung ein Pfandrecht erhalten habe, einem Andern vorgehe, dem später, wenngleich vor Erfüllung der Bedingung, dieselbe Sache verpfändet worden sei, fährt §. 2 so fort:

Sed et si heres ob ea legata, quae sub conditione data erant, de pignore rei suae convenisset, et postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedit, ac post

---

68) Wie überhaupt jede Veräußerung verboten ist, die in der Absicht geschieht, seine Gläubiger zu beeinträchtigen, so hat noch besonders die Lex Aelia Sentia, die Freilassung eines Sklaven in dieser Absicht für nichtig erklärt. Gai. I., 37; Ulp. I, 15; pr. J. qui et quib. ex caus. 1, 6; L. 16 §. 2 D. qui et a quib. 40, 9 (Paul. lib. III. ad L. Ael. Sent.) u. v. a. Es gelten übrigens darüber dieselben Grundsäze wie über die actio Pauliana, es ist also fraus und eventus erforderlich. L. 15 D. quae in fraud. cred. 42, 8. Eventus, d. h. es muß durch die Veräußerung auch wirklich — objectiv — ein Gläubiger beeinträchtigt werden. Dazu gehört aber natürlich vor Allem, daß ein Gläubiger überhaupt vorhanden ist. Da aber der, dem unter einer Bedingung ein Damnationslegat ausgesezt ist, vor Erfüllung der Bedingung in keinem Fall Gläubiger ist, so erklärt sich unsere Stelle von selbst und enthält somit den schlagendsten Beweis für den oben aufgestellten Saz.

69) Puchta Vorlesgen §. 61 Anm. 1 bezieht diese Stelle darauf, daß — anders wie bei Geschäften unter Lebenden — bei einem bedingten Legat dem Legatar die Nuzungen und Früchte der Zwischenzeit nicht zufallen (!).

conditio legatorum extitit, hic quoque tuendum eum, cui prius pignus datum esset, existimavit [70]).

Nach der gewönlichen Lehre, daß ein accessorisches Recht nie älter sein könne als das Hauptrecht, an welches sich jenes anschließe, daß also die Entstehung des lezteren für die des ersteren eine s. g. conditio iuris sei, bei welcher keine Rückziehung stattfinde, wäre diese Entscheidung African's ohne Annahme einer Rückziehung bei dem bedingten Legat gar nicht zu erklären [71]).

---

70) Vgl. auch L. 2 C. qui pot. in pign. 8, 18 (17).

71) Dies ist z. B. auch der Hauptgrund, aus dem Donellus ad L. 78 pr. D. de V. O. Nro. 7 (Opp. t. XI. p. 1299) eine Rückziehung der Bedingung bei Legaten annimmt. Averanius, der von derselben Grundansicht ausgeht, sucht die Schwierigkeit dadurch zu beseitigen, daß er unterstellt, der Legatar habe vom Erben die Auszalung des Legats noch besonders stipulirt, und für diese Stipulation sei das Pfand bestellt worden. Da nun bei dieser Stipulation jedenfalls eine Rückziehung der Bedingung stattfinde, so sei die Entscheidung African's zu erklären, ohne daß man nötig habe, eine Rückziehung bei bedingten Legaten anzuerkennen. (Interpret. iur. lib. II. cap. 12. §. 13 sqq.) Allein abgesehen davon, daß von dieser Stipulation kein Wort in der Stelle steht, ist auch diese Auskunft kaum eine glückliche zu nennen. Denn diese Stipulation wäre ja eben auch wieder rein accessorisch, auch sie hätte blos zum Zweck, die Auszalung des Legats zu sichern, und folglich wäre auch für sie der Eintritt der Bedingung des leztern eine conditio iuris, bei der keine Rückziehung einträte. Wir wären demnach wieder, wo wir waren. Dies hat denn auch Averanius selbst gefühlt, und so beschränkt er sich später (Lib. III. cap. 9 §. 13 sqq.) auf die Erklärung aus der Billigkeit. Der Legatar hätte eigentlich Bürgen fordern können, habe er sich nun statt deren mit einem Pfande begnügt, so sei es nicht mehr als billig, daß er dadurch eben so gesichert, also gegenüber Jedem, dem später die Sache verpfändet werde, geschüzt sei. !! Dagegen ist freilich nichts mehr zu erwidern. — Huschke in der Ztschr. f. CR. u. Pr. Bd. 20 S. 149 ff., der ebenfalls jene Ansicht über accessorische Rechte teilt, aber ebenfalls bei bedingten Vermächtnissen keine Rückziehung annimmt, schlägt einen andern Weg ein. Die wahre Lösung des Knotens liegt nach ihm darin, daß diese Pfandbestellung, wie die stipulatio legatorum servandorum, eine Caution sei. Als solche könne sie zwar dem Inhalte nach nie auf mehr oder Besseres gehen als der Hauptanspruch selbst und falle auch, wenn dieser nicht eintrete, ipso iure zusammen; aber auf der andern Seite sei sie doch auch wieder ein selbstständiges Rechtsgeschäft, bei welchem die Be-

Ich muß aber dieser ganzen Lehre entgegentreten. Bezüglich der Entstehung geht nach der Anschauung des römischen Rechts ein solches accessorisches Recht seinen selbstständigen Weg, und die Entstehung des Hauptanspruches ist für dasselbe keineswegs eine conditio iuris, d. h. ein objectives Erforderniß, vor dem es nicht gedacht werden könnte, sondern vielmehr eine gewönliche — wenngleich vielleicht stillschweigend anzunehmende — Bedingung oder gar blos Voraussezung (im Sinne Windscheid's)[72]. Tritt also diese Bedingung ein, d. h. kommt der Hauptanspruch später zur Entstehung, so findet wie bei andern Bedingungen eine Rückziehung statt, es zeigt sich m. a. W., daß aus der Pfandbestellung von Anfang an ein Pfandrecht, aus der accessorischen[73] oder animo novandi abgeschlossenen Stipulation von Anfang an eine Forderung entstanden war[74].

---

dingung zurückgezogen werden könne, obwol bezüglich des Hauptgeschäfts keine Rückziehung möglich sei. Ob und wie sich diese Erklärung mit dem vereinigen läßt, was Huschke S. 153 f. sagt, darüber mögen Andere entscheiden, die dem gelehrten Rechtsforscher an Geist und Kenntnissen näher stehen.

72) Vgl. Windscheid: Die Lehre von der Voraussezung. Düsseldorf 1850.

73) Dahin gehört z. B. die stipulatio legatorum servandorum sowie die Verbürgung.

74) Mit dieser Behauptung werde ich freilich fast allgemeinem Widerspruch begegnen, und dazu ist mir hier nur wenig Raum zu ihrer Begründung verstattet. Allein nach meiner festen Ueberzeugung wird man ohne ihre Annahme die hierher bezüglichen Entscheidungen des römischen Rechts nie vollständig erklären können. Uebrigens läßt sie sich auch ganz streng aus den Quellen nachweisen. So für die Stipulation der Rückgabe einer erst später auszuzalenden Summe. Es kann hier, wie gesagt, die spätere Auszalung entweder ausdrückliche Bedingung oder blose Voraussezung bei der Stipulation sein. Ich führe meinen Beweis zuerst für den leztern Fall; wenn in diesem die Auszalung des Geldes keine conditio iuris ist, so ist sie es selbstverständlich auch nicht im ersten. Wir sezen also den Fall, es hat Jemand von einem Andern eine Summe stipulirt, die er diesem erst später creditiren will, so jedoch, daß die Parteien dies nur stillschweigend vorausgesezt, nicht aber zur ausdrücklichen Bedingung der stipulatio erhoben haben. Wenn nun die Creditirung nicht erfolgt, kann dann der Promittent dem aus der stipulatio klagenden Stipulanten entgegenhalten, dessen Recht sei gar nicht zur Entstehung gekommen,

Geht man von dieser Anschauung aus, so spricht L. 9. §. 2 cit. nicht nur nicht gegen meine Ansicht bezüglich des bedingten Legates, sondern sie deutet vielmehr sehr kennbar auf dieselbe hin.

---

weil die Auszalung des Geldes eine conditio iuris derselben gewesen, diese conditio aber nicht eingetreten sei? Keineswegs; vielmehr sagen unsere Quellen ausdrücklich, das Recht des Stipulanten sei an sich vollkommen begründet, da es jedoch unbillig sei, in einem solchen Fall den Promittenten zu verurteilen, so stehe demselben eine exceptio doli oder non numeratae pecuniae zu. Vgl. §. 2 J. de exc. 4, 13; Gai. IV., 116[a], 119; L. 2 §. 3, L. 4 §. 16 D. de dol. exc. 44, 4. S. auch L. 25 §. 1 D. de usufr. 7, 1, wo klar ausgesprochen ist, daß im Augenblicke der Stipulation, nicht erst in dem der Auszalung die Forderung erworben werde. — Wäre aber die Auszalung des Geldes ausdrücklich zur Bedingung der Stipulation gemacht worden, so wäre sie natürlich eben so wenig eine conditio iuris, sondern eben nur eine gewönliche Bedingung L. 8. §. 2 D. de novat. 46, 2 spricht dies ganz klar aus für einen Fall, in welchem Jemand zum Voraus von einem Andern animo novandi stipulirt hat, was er von einem Dritten stipuliren werde. Und daß wirklich bei der Stipulation: „Quantam pecuniam tibi intra illum diem dedero, tantam dari spondes?" im Falle der spätern Auszalung des Geldes eine Rückziehung eintrete, sagt Papinian in L. 18 §. 3 fin. D. de stip. serv. 45, 3 sehr deutlich, wenn man nur diese Stelle mit L. 25 §. 1 D. cit. 7, 1 zusammenhält und sich nicht an die beiden von Papinian gebrauchten futura anklammert (was schon deswegen nicht geht, weil es bei dem ersten heißt: sit habiturus actionem, bei dem zweiten stipulatio quaeretur; denn das Wort: „stipulatio" deutet ja schon ganz entschieden auf die Zeit der Stipulation, also auf eine Rückziehung hin).

Für den Bürgen wird der Beweis weiter unten geführt werden (Vgl. Ziff. 40.)

Für das Pfandrecht aber gilt ganz dasselbe. Man lese nur unbefangen die bekannten: L. 3 D. quae res pignori 20, 3; L. 1, 11 pr. D. qui pot. in pign. 20, 4. Ein genaueres Eingehen würde jedoch hier zu weit führen. Uebrigens ist der von mir behauptete Saz, wenn man nur die Worte nehmen will, wie sie sind, deutlich genug und gerade wieder im Zusammenhang mit dem bedingten Legat ausgesprochen in L. 28 D. de pignor. 20, 1: Paul. (lib. III. Quaest.) — Si legati conditionalis relicti filiofamilias pater ab herede rem propriam eius pignori accepit, et mortuo patre vel emancipato filio conditio legati extiterit, incipit filio legatum deberi, et neque pater potest pignus vindicare, neque filius, qui nunc habere coepisset actionem, nec ex praece-

Denn wenn bei bedingten Legaten Alles so wäre, wie bei bedingten Geschäften unter Lebenden, wenn also dort wie hier eine Rückziehung der erfüllten Bedingung stattfände: wie hätte dann African dazu kommen können, diesen Fall — ich will nicht sagen: neben dem in §. 1 behandelten noch besonders zu besprechen, aber — dem leztern durch „sed et“ und „hic quoque“ als ein verschiedenes Verhältniß, bei dem man zu einer andern Entscheidung geneigt sein könnte, entgegenzusezen? [75]).

Für die noch übrigen legata sinendi modo und per praeceptionem bedarf es keines besonderen Beweises; denn beide sind ja nur Unterarten der legata per damnationem und per vindicationem.

Auch bei Fideicommissen wird Niemand bezweifeln, daß dasselbe eintrete, was beim Damnationslegat. Zu allem Ueberfluß vergleiche man L. 114 §. 11 D. de legat. I (30); L. 15 D. quando dies leg. 36, 2 u. a.

Ergebniß ist: Beim Eintritt der Bedingung eines Vermächtnisses oder einer testamentarischen Freiheitserteilung tritt keine Rückziehung, sondern lediglich eine Vorwirkung ein. Die (übri-

---

dente tempore potest quidquam iuris habere in pignore, sicut in fideiussore dicitur. (Man sieht, die Stelle ist zugleich noch ein trefflicher Beweis gegen die Rückziehung der Bedingung bei Vermächtnissen). Man denke übrigens auch nur daran, was das praktische Bedürfniß erfordert; daß aber mit diesem hier allgemeine Grundsäze Hand in Hand gehen, möchte nicht allzuschwer nachzuweisen sein. — Sollte man sich indessen hinsichtlich des Pfandrechts von jener Ansicht über accessorische Rechte nicht losmachen können, so wäre dasselbe Ziel durch Annahme einer Vorwirkung (die damit ganz unbedenklich bestehen könnte) nach Maßgabe später zu entwickelnder Grundsäze (S. Ziff. 45 ff.) zu erreichen. Nur glaube ich nicht, daß man damit die Ansicht des römischen Rechtes getroffen hätte.

Zum Schlusse dieser langen, aber notwendigen Anmerkung sei nur noch gesagt, daß Diejenigen ohnehin an L. 9 §. 2 cit. keinen Anstoß nehmen können, welche wenigstens dann das Pfandrecht für eine künftige Schuld schon vom Augenblicke der Verpfändung beginnen lassen, wenn deren Entstehung nicht mehr der Willkür beider Teile anheimgegeben ist. Vgl. Vangerow: Lehrbch. der Pand. Bd. 1 §. 372 Anm. 3. (Aufl. 6 S. 952 ff).

75) Ueber diese Auslegung der L. 9 §. 2 cit. vgl. man auch Cujacius ad h. l. (Opp. ed. Neap. t. I. p. 1488).

gens sehr guten) innern Gründe dieser Erscheinung habe ich hier nicht näher zu erörtern.

An diesen Beispielen der Vorwirkung mag es für unsern Zweck genügen; einige andere werden wir gelegentlich im Verlaufe der Darstellung noch kennen lernen.

3) Grund des durchgängigen Zusammenwerfens der Vorwirkung und Rückziehung bei unsern Schriftstellern.

Als eigener Gattungsbegriff erscheint die Vorwirkung bei unsern Schriftstellern nirgends. Allein selbst da, wo der Unterschied der Rückziehung und Vorwirkung am bedeutendsten und eingreifendsten hervortritt, in der Lehre vom Eigentum, sind beide Verhältnisse fast nirgends geschieden [76]), sondern gewönlich werden die Fälle der Vorwirkung auch mit unter die Rückziehung untergereiht. Unsere Quellen tragen daran keine Schuld, denn in ihnen tritt der Unterschied sehr scharf zu Tage, und es werden sogar vielfach Fälle der einen Art Fällen der andern absichtlich gegenübergestellt. Einige sehr schöne Stellen in dieser Beziehung haben wir bereits kennen gelernt, nämlich L. 12 §. 5 D. de usufr. 7, 1 (s. oben Ziff. 20), L. 27 pr. D. qui et a quib. 40, 9 und L. 42 pr. D. de O. et A. 44, 7 (Ziff. 29), endlich und besonders L. 3 §. 5 D. de statul. 40, 7 (Ziff. 19.), deren Schlußworte ich hier wiederholt beiseze: 31. Scharfe Scheidung d. RZ. u. VW. in unsern Quellen.

> Ita pendebit praecedentis summae alienatio, sic tamen, ut non retro numi fiant accipientis, sed tunc, quum residua summa fuerit exsoluta.

Außerdem gehört noch hierher L. 3 D. de servit. leg. 33, 3, welche weiter unten besprochen werden wird (S. Ziff. 67.), und L. 11. §. 9 D. de don. int. vir. et ux. 24, 1.

Jener Mangel an Unterscheidung hat aber seinen Grund wesentlich in einem Umstande, der allerdings zwischen beiden Verhältnissen eine große äußere Aehnlichkeit begründet. Wenn nämlich Jemand aus einem vorhergegangenen Grunde [77]) durch den 32. Grund des Zusammenwerfns bei uns. Schriftstellern.

---

76) Eine eigentlich klare und bestimmte Scheidung habe ich nur gefunden bei Göschen Vorlesungen §. 221 (Bd. 2 Abt. 1 S. 13 f.)

77) z. B. Bestellung eines Nießbrauchs in Verbindung mit der Trennung der Früchte (denn vorher erscheinen diese ja gar nicht als selbstständige Sachen), oder durch den Tod des Testators bekräftigte Aussezung eines Legats in Verbindung mit dem Antritt der Erbschaft (denn diese

Eintritt eines spätern, an sich zur Eigentumsübertragung nicht geeigneten Umstandes unmittelbar und ipso iure das Eigentum einer Sache erhält [78]): so hört dadurch nicht nur das Eigentum, das bisher ein Anderer (wirklich oder — in Fällen der Rückziehung — nur scheinbar) an der Sache hatte, auf, sondern es fallen auch alle Verfügungen, die Letzterer in der Zwischenzeit gemacht hat, ohne weiteres und von selbst zusammen. Und zwar ist dabei kein Unterschied, ob wir es mit einem Falle der Rückziehung oder der Vorwirkung zu thun haben [79]).

Allein erstens ist dies bei der Vorwirkung gar nicht einmal bezüglich aller Verfügungen des Zwischeneigentümers [80]) richtig,

---

drei Umstände sind auch zum Erwerb eines unbedingten (und unbetagten) Legats erforderlich).

78) So stellen sich beim Eigentum sowol Vorwirkung als Rückziehung der äußern Betrachtung dar. — Uebrigens ziehe man nicht etwa auch den Erwerb durch traditio hierher, weil die traditio an sich, wenn sie nicht auf einem vorhergegangenen Grunde, einer iusta causa beruhe, zur Eigentumsübertragung nicht fähig sei. Denn diese iusta causa führt sich schließlich darauf zurück, daß die traditio mit dem übereinstimmenden Willen, Eigentum zu übertragen, geschehen muß. Vgl. L. 9 §. 3, L. 36 D. de A. R. D. 41, 1; L. 5 §. 1 D. de cond. sine caus. 12, 7; L. 55 D. de O. et A. 44, 7; Puchta Pand. §. 148. Der Grund der eigentumsübertragenden Wirkung muß also in der traditio selbst, nicht in einem vorhergegangenen Umstande liegen, wenn auch in der Regel die Frage, ob die traditio in jener Absicht geschehen, durch die Beschaffenheit eines solchen vorhergegangenen Grundes sich beantworten wird. So gehört denn in der That selbst den oben gebrauchten Worten nach die traditio nicht hierher. Was dagegen den Eigentumserwerb durch Ersizung betrifft, so ist dieser m. E. allerdings hierherzuziehen, und zwar fällt er unter die Fälle der Vorwirkung.

79) Man vgl. z. B. für die Rückziehung: L. 9 D. de cast. pec. 49, 17; L. 19 §. 3 eod.; L. 98 §. 3 D. de solut. 46, 3; L. 15 D. de reb. dub. 34, 5; L. 8 D. de reb. cred. 12, 1; für die Vorwirkung: L. 11 §. 1 D. quemadm. serv. am. 8, 6; L. 13 §. 1 D. de pignor. 20, 1; L. 69 §. 1, L. 82 pr. D. de legat. I. (30); L. 105 D. de condit. 35, 1.

80) Man gestatte mir, der Kürze wegen mit diesem Ausdruck in der Folge Den zu bezeichnen, der durch den Eintritt des spätern Umstandes Eigentum (wirklich oder — bei der Rückziehung — nur scheinbar) verliert.

und dann ist auch in Wahrheit jene Gleichheit der Wirkung eine blos anscheinende und äußerliche. Vom Standpunkte des Rechts zeigt sich sowol im Grunde, als in der Art und Weise dieser Wirkung bei beiden Verhältnissen die allerwesentlichste Verschiedenheit. Doch kann dies Alles erst weiter unten genauer besprochen werden (S. Ziff. 45 ff.).

Wir haben nunmehr die Natur der Rückziehung und ihre Verschiedenheit von der Vorwirkung kennen gelernt. Es ist jezt nur noch übrig, im zweiten Abschnitte die wichtigsten Wirkungen beider Verhältnisse zu betrachten.

Zweiter Abschnitt.

Ueber die Wirkungen der Rückziehung und Vorwirkung im Einzelnen.

Vorbemerkung.

33. *Absicht u. Plan der folgenden Darstellung.* Die einzelnen Wirkungen der Rückziehung und Vorwirkung entsprechen ganz dem oben entwickelten Begriffe beider Verhältnisse, wonach bei der Rückziehung ein späterer Umstand die wahre Natur eines vorhergegangenen ungewissen Zustandes offenbart, bei der Vorwirkung dagegen der spätere Umstand nur der Zukunft, nicht auch der Vergangenheit ihre rechtliche Gestaltung gibt. Insofern wird denn die Darstellung dieser Wirkungen noch ganz besonders zur Bestätigung des oben Gesagten beitragen. Auf Vollständigkeit ist es natürlich auch hierbei nicht abgesehen; denn diese wäre teils unmöglich, teils ganz nuzlos. Nur auf Zusammenstellung der hauptsächlichsten, in unsern Quellen gegebenen Beispiele solcher Wirkungen kommt es an.

Wir können nun aber diese Wirkungen sowol im Gebiete des Personenrechts, als des Vermögensrechts verfolgen. Daß vorzugsweise dem leztern hier Rechnung getragen wird, erklärt sich von selbst.

I. Wirkungen im Personenrecht.

34. *Wirkungen beim jus postlim. u. d. fict. l. Corneliae.* Die Vorwirkung ist im Personenrecht von sehr geringer Bedeutung. Denn abgesehen von einigen, genau genommen auch wieder mit vermögensrechtlichen Beziehungen zusammenhängenden Fällen, in welchen durch den Eintritt eines gewissen Umstandes

ein Sklave zwar ohne weiteres, aber nur für die Zukunft frei wird, habe ich im ganzen Personenrechte kein Beispiel eigentlicher Vorwirkung entdecken können. Eine um so größere Rolle spielt hier die Rückziehung; denn das Personenrecht ist ja so recht eigentlich das Feld, auf dem sich das wichtige ius postliminii und die fictio legis Corneliae bewegt. Ich will die hauptsächlichsten hierher gehörigen Anwendungen dieser beiden Rechtsdichtungen nur in flüchtigen Umrissen andeuten [81]).

Je nachdem ein kriegsgefangener Römer aus der Gefangenschaft zurückkehrt oder darin stirbt, zeigt sich, ob er fortwährend als römischer Bürger gelebt hat, oder ob er als solcher im Augenblicke der Gefangennehmung gestorben ist. (S. oben Ziff. 7.) Daraus folgt:

1) Wenn der Gefangene Kinder hat, so ist deren rechtliche Stellung (ius) einstweilen ungewiß. Kehrt der Vater zurück, so haben sie immer in seiner Gewalt gestanden; stirbt er in der Gefangenschaft, so sind sie von seiner Gefangennehmung an sui iuris geworden. Ulp. X, 4, Gai. I, 129; Paul. R. S. II, 25 §. 1; §. 5. J. quib. mod. ius pot. 1, 12; L. 12, §. 1, L. 22, §. 2. D. de captiv 49, 15. Je nach dieser Entscheidung bestimmt sich folglich auch, ob das Kind durch seine inzwischen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte für sich oder für seinen Vater erworben hat L. 12 §. 1, L. 22 §. 2 citt. [82]); ob das Vermögen des inzwischen verstorbe-

---

81) Ueber das Genauere verweise ich auf die gründlichen Ausführungen von Hase Postlim. §. 8 (S. 69 ff.)

82) Wenn es in der ersten Stelle heißt, daß das Kind inzwischen nicht durch Erbschaft erwerben könne, so erklärt sich dies aus der Verbindung der beiden Säze, daß der in fremder Gewalt Stehende zum Antritt einer ihm angetragenen Erbschaft immer eines ausdrücklichen Befels seines Gewalthabers bedarf (Gai. II., 87; L. 10 §. 1 D. de A. R. D. 41, 1), und daß zum Antritt einer Erbschaft immer vollkommene objective Gewißheit über die Fähigkeit des eingesezten Erben erforderlich ist (L. 12 §. 1 cit. vgl. mit L. 30 §. 1, 2, 4, 6, L. 84 D. de acq. her. 29, 2 und arg. a contr. L. 6 §. 4, L. 34, 74 §. 4, L. 96 D. eod. u. L. 21 D. de condit. 35, 1, wonach blos subjective Ungewißheit des Delaten über seine Fähigkeit die Erbschaftsantretung nicht hindert). — Etwas abweichend ist die Ansicht von Hase S. 73 ff. Hase glaubt, man habe vorläufig die väterliche Gewalt fortbestehen lassen, sie sei in suspenso retinirt worden (S. 94). Mir scheint dies auf einem Mißverständniß von pendere, in suspenso

nen Kindes iure peculii an den Vater fällt, oder ob in dasselbe eine Erbfolge stattfindet L. 15. D. de suis et legit. 38, 16; L. 9 fin. D. de cast. pec. 49, 17; L. 2 §. 3 D. unde legit. 38, 7; ferner ob das SC. Macedonianum Plaz greift oder nicht L. 1 §. 1 D. de SC. Maced. 14, 6 u. A. m.

2) Ist umgekehrt der Sohn in Gefangenschaft geraten und der Vater zurückgeblieben, so ergeben sich ähnliche Fragen Ulp. X, 4; Gai. I, 129; §. 5 J. cit. 1, 12. Eine besonders interessante Anwendung findet sich in L. 9 §. 2 D. de lib. et post. 28, 2: Es hat Jemand seinen Sohn enterbt, seinen Enkel von diesem Sohn übergangen und einen Andern zum Erben eingesetzt. Ueberlebt der Sohn den Erblasser, sollte er auch vor dem Antritt von dessen Erbschaft sterben, so ist der Enkel nicht suus heres, rumpirt also das Testament nicht. Anders, wenn der Sohn in der Gewalt der Feinde ist und in derselben stirbt. Denn nun ist er schon als zur Zeit der Gefangennehmung gestorben zu betrachten, der Enkel war sonach beim Tode des Großvaters (sollte auch zu dieser Zeit der Sohn thatsächlich noch am Leben gewesen sein) der allein Ueberlebende, folglich suus, und es tritt daher Ruption des Testaments ein [83]).

---

est u. dgl. zu beruhen, dem man auch bei Retes de castr. pec. cap. 6 §. 7 (Meerm. Thes. VI. p. 252) begegnet. Diese Ausdrücke bedeuten in unsern Quellen nicht etwa, daß ein gewisses Recht vorhanden, nur in seiner Wirkung gleichsam suspendirt sei, sondern sie sind ganz dasselbe wie unser deutsches: „schweben" oder „im Schweben sein." Sie dienen also zum Ausdruck einer Ungewißheit, ganz wie: in dubio est, in incerto est, die denn auch häufig abwechselnd mit ihnen vorkommen. S. L. 22 §. 2, 3 D. de captiv. 49, 15 vgl. mit L. 12 §. 1 eod.; L. 25 §. 1 D. de usufr. 7, 1 vbb. mit L. 43 §. 10 D. de aedil. ed. 21, 1 und unzälige andere. Vgl. auch Georges: Lat.-Deutsch. Handwörterbuch unter suspensus.

83) Paul. (lib. I. ad Sab.) — Si filium ex heredavero, nepotemque ex eo praeteriero, et alium heredem instituero, et supervixerit filius post mortem meam, licet ante aditam hereditatem decesserit, non tamen nepotem rupturum testamentum, Julianus et Pomponius et Marcellus aiunt. Diversumque est, si in hostium potestate filius sit et decesserit in eodem statu; rumpit enim his casibus nepos testamentum, quod moriente avo filii ius pependerit, non abscissum, ut superiore casu fuerit. — Vgl. L. 6 §. 1, 2 D. de iniust., rupt. 28, 3 u. Hase S. 132 ff.

Ganz anders wäre es in allen diesen Fällen, wenn wir es nur mit einer Vorwirkung zu thun hätten, wenn also etwa, was auch denkbar wäre, der Gefangene zwar als Bürger, aber erst zur Zeit seines wirklichen Todes verstorben betrachtet würde. Das zurückgebliebene Kind hätte dann bis dahin jedenfalls in väterlicher Gewalt gestanden. Es hätte daher Alles, was es vorher erworben hat, unter allen Umständen dem Vater (bezw. dessen nun eintretenden Erben) erworben; stürbe es vor dem Vater, so fiele das, was es thatsächlich als eigenes Vermögen in Händen hat, iure peculii in dessen Erbschaft. Von der L. 9 §. 2 cit. würde der erste Teil der Entscheidung Platz greifen u. s. w.

Dies Alles ergibt sich ganz von selbst. Uebrigens felt es uns für diese Verschiedenheit der Wirkungen von Rückziehung und Vorwirkung im Personenrecht auch nicht ganz an ausdrücklichen Quellenzeugnissen, wenn wir nur das oben berührte Verhältniß bei Sklaven herbeiziehen wollen. Es kann ein gewisser Umstand zeigen, daß ein Sklave schon früher frei geworden ist, er kann aber auch dadurch zwar ohne weiteres und unmittelbar, aber erst von jezt an die Freiheit erhalten. Wenden wir dies auf eine Sklavin an, die in der Zwischenzeit Kinder bekommen hat, so werden im ersten Falle, also bei der Rückziehung auch die Kinder frei, und sogar als Freigeborene (ingenui) erscheinen L. 19 D. de manum. vind. 40, 2; im zweiten dagegen — bei der Vorwirkung sind und bleiben sie Sklaven. So die Kinder einer statulibera. L. 3 §. 16, L. 16 D. de statul. 40, 7; L. 15, 16 D. de stat. hom. 1, 5 (S. oben Ziff. 27.). 35. Wirkungen bei der Freilassung eines Sklaven.

So viel von den Wirkungen der Rückziehung und Vorwirkung im Personenrecht! Wir kommen nun zum wichtigeren, aber auch schwierigeren Teil unserer Aufgabe, zu den Wirkungen im Vermögensrecht. Hier haben wir dann wieder die verschiedenen Wirkungen bei Forderungsrechten und die bei dinglichen Rechten insbesondere dem Eigentum zu unterscheiden.

II. Wirkungen im Vermögensrecht.

1) Bei Forderungsrechten.

Ein gewisser Umstand (der an und für sich keine Forderung zu bewirken im Stande ist) kann entweder zeigen, daß schon vorher eine Forderung entstanden war, oder er kann eine solche nur 36. Vorbemerkung.

für die Zukunft, wenngleich unmittelbar zur Entstehung bringen. Das Erste finden wir z. B. bei einem Sklaven, der in fremdem Nießbrauch steht und etwa einen Kaufvertrag abgeschlossen hat, ohne sogleich den Preis zu zalen, oder sich die Zalung einer bestimmten Summe hat versprechen lassen, die er erst später creditiren will. Hier ist es vor der Hand zweifelhaft, ob der Nießbraucher eine Forderung erworben hat, erst wenn der Sklave den Kaufpreis oder die Geldsumme aus dem peculium zalt, das dem Nießbraucher gehört, wird dies rückwärts offenbar. L. 25 §. 1 D. de usufr. 7, 1; L. 18 fin. D. de stip. serv. 45, 3. (Hier tritt sogar das interessante Verhältniß ein, das wir bei Forderungsrechten sehr selten, desto häufiger aber beim Eigentum finden, daß nämlich der spätere Umstand zugleich zeigt, wem von Zweien die Forderung gehört.) Besonders aber begegnen wir einer solchen Rückziehung in den vielen Fällen bedingter Forderungen [84]). Eine blose Vorwirkung dagegen findet, wie wir gesehen haben, im Falle eines bedingten Damnationslegates statt (S. oben Ziff. 29.).

Als die hauptsächlichsten Verschiedenheiten der Vorwirkung und Rückziehung treten in unsern Quellen die folgenden auf:

37. Einige Wirkungen. 1) Bezügl. der alienatio in fraud. credit.

1) Eine Anwendung der Vorwirkung, welche hierher gehört, haben wir schon früher bei Besprechung der L. 27 pr. D. qui et a quib. 40, 9 gefunden (S. Anm. 68.). Erst durch Erfüllung der Bedingung entsteht beim bedingten Damnationslegat die Forderung des Legatars. Derselbe kann daher wegen früherer Veräußerung die actio Pauliana nicht gebrauchen. Ganz anders in einem Fall der Rückziehung. Hier lehrt der Erfolg, ob Jemand Gläubiger war oder nicht. Zeigt sich das erstere, so war der zur Statthaftigkeit der actio Pauliana erforderliche objective Erfolg vorhanden; es war wirklich durch die Veräußerung ein

84) Ich weiß wohl, daß dies in einer Schrift, die eine Vorarbeit für die Lehre der Rückziehung der Bedingung bilden soll, ein etwas ungehöriges Beispiel ist. Aber bei der großen Einmütigkeit, mit der die Lehre von der Rückziehung der Bedingungen namentlich bei Forderungsrechten vorgetragen wird, denke ich, man wird keinen zu großen Anstoß daran nehmen. Ohne die Befugniß, dies Verhältniß herbeizuziehen, wären mir die schönsten Quellenbelege für die Wirkungen der Rückziehung bei Forderungen unzugänglich gewesen. Und so mag man denn zugleich die folgenden Erörterungen als Beitrag zum Beweise der Rückziehung der erfüllten Bedingung bei Forderungsrechten betrachten.

Gläubiger beeinträchtigt worden. Gesellte sich nun hiezu noch die beeinträchtigende Absicht (die sich nicht gerade eigens auf diesen bestimmten Gläubiger zu beziehen brauchte, sondern auch nur im Allgemeinen auf Beeinträchtigung von Gläubigern gehen konnte L. 10 §. 7 D. quae in fraud. cred. 42, 8): so ist kein Zweifel, daß nach Eintritt des entscheidenden Umstandes der nun als solcher erwiesene Gläubiger die Veräußerung anfechten kann. In dem oben gewälten Fall der Stipulation eines in fremdem Nießbrauch stehenden Sklaven wird dies ohnehin einleuchtend sein. Für bedingte Forderungen aber (aus Rechtsgeschäften unter Lebenden, wie sich von selbst versteht) ist es in L. 27 pr. cit. selbst ausdrücklich ausgesprochen. Vgl. auch L. 16 §. 4 eod. 40, 9.

2) Wo eine blose Vorwirkung stattfindet, da wird die Forderung erst mit dem Eintritt des spätern Umstandes erworben. Nach dem Zeitpunkte dieses Eintritts ist daher auch zu bestimmen, wem sie erworben wird. Dies ist sehr wichtig, wenn der Erwerber zwar zur Zeit des ersten Ereignisses, welches den ursprünglichen Anstoß zur künftigen Entstehung der Forderung gab, aber nicht mehr bei Eintritt des spätern Umstandes unter fremder Gewalt stand. Er erwirbt dann nämlich die Forderung für sich und nicht, wie im andern Fall, für den Gewalthaber. Dies ist für das bedingte Legat durch eine Reihe von Stellen bewiesen: L. 14 §. 3 quand. dies legat. 36, 2.

38. 2) Bezügl. des Erwerbs durch den Gewalthaber. a) Vorwirkung.

> Ulpian (lib. XXIV ad Sab.). — Si dies legati cesserit, deinde legatarius in ius alienum pervenit, ipsi potius debetur legatum, in cuius ipse ius pervenit; transeunt enim cum eo, quae ei debebantur. Sed si sub conditione fuerit legatum, non transit, sed expectabit conditionem, eique acquiretur, cuius iuris erit conditionis existentis tempore. Quodsi sui iuris fuerit eo tempore, sibi potius acquiret.

Vgl. L. 5 §. 7 cf. §. 2 eod.; L. 1 §. 20, L. 2, 3 D. ut legat. s. fideic. 36, 3; L. 28 D. de pignor. 20, 1.

b) Rückziehung.

Bei der Rückziehung dagegen zeigt sich durch den Eintritt des spätern Umstandes nur, daß schon früher durch ein anderes Ereigniß eine Forderung entstanden ist. Die Frage, wer dieselbe erworben hat, kann daher nur nach dem Zeitpunkte dieses frühern Ereignisses beantwortet werden. Stand sonach der Erwerber zu dieser Zeit in fremder Gewalt, so hat er die Forderung seinem Gewalthaber erworben, sollte er auch bei Eintritt des spätern Umstandes gewaltfrei oder in der Gewalt eines Andern sein. Es

ist dies für unser vom Sklaven in fremdem Nießbrauch hergeholtes Beispiel auf das allerdeutlichste gesagt in L. 25 §. 1 D. de usufr. 7, 1 und in L. 18 fin. D. de stip. serv. 45, 3. Auch in Bezug auf bedingte Forderungen felt es bekanntlich dafür nicht an Stellen. L. 78 pr. D. de V. O. 45, 1:

Paul (lib. LXII ad Ed.). — Si filiusfamilias sub conditione stipulatus emancipatus fuerit, deinde extiterit conditio, patri actio competit, quia in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus.

L. ult. D. de stip. serv. 45, 3:

Pompon. (lib. XXXIII ad Qu. Mucium). — Quidquid contraxit servus, dum nobis servit, etiam si stipulationem contulit in alienationem vel manumissionem suam, tamen nobis id acquisitum erit, quia potestas eius tunc, quum id contraheretur, nostra fuit. Idque est, si filiusfamilias contrahat, namque etiam quod in emancipationis suae tempus contulerit, nobis debebitur, si tamen dolo malo id fecerit[85]).

L. 18 D. de R. J. 50, 17, eine für uns ganz besonders wichtige Stelle, weil darin das bedingte Legat und die bedingte Forderung einander gegenübergestellt werden:

Pompon. (lib. VI ad Sab.). — Quae legata mortuis nobis ad heredem nostrum transeunt, eorum commoda per nos his, quorum in potestate sumus, eodem casu acquirimus; aliter

85) Die Stelle ist zugleich der schlagendste Beweis gegen die Ansicht Derer, welche die Rückziehung der Bedingungen blos aus der vermutbaren Absicht der Parteien ableiten, somit annehmen, daß diese durch ihren Willen die Rückziehung auch ausschließen können. Man möchte freilich vielleicht gerade für diese Ansicht sich auf unsere Stelle berufen und aus den Schlußworten herleiten wollen, daß die Hauptentscheidung der L. ult. cit. aus den besondern Umständen des Falls zu erklären sei. Dagegen spricht aber schon die ganze Fassung der Stelle, welche uns deutlich zeigt, daß wir es nicht bei der Hauptentscheidung sondern in den Schlußworten mit einer Abweichung vom gemeinen Rechte zu thun haben. Dies erhält seine Bestätigung durch L. 47 §. 1 D. de fideiuss. 46, 1 (vgl. L. 132 §. 1 D. de V. O. 45, 1). In dieser ist für einen nahe verwandten Fall klar ausgesprochen, daß nur humanitatis intuitu zu Gunsten des Haussohns eine Ausnahme von allgemeinen Grundsäzen gemacht werde. Vgl. Cujacius ad L. 78 D. de V. O. (Opp. ad. Neap. t. I. p. 1216).

atque quod stipulati sumus; nam et sub conditione stipulantes omnimodo iis acquirimus, etiamsi liberatis nobis potestate domini conditio existat.

Eine ähnliche Zusammenstellung findet sich in L. 2 §. 3 D. collat. 37, 6 (Paul.).

39. 3) Bezügl. der Acceptilation. a) Rückziehung.

3) Das Vorhandensein einer Forderung ist die notwendige Voraussezung einer Acceptilation [86]. Sezen wir daher einen Fall der Rückziehung, wo also ein späterer Umstand zeigt, ob schon vorher eine Forderung vorhanden war oder nicht: so wird derselbe Umstand auch zeigen, ob eine inzwischen abgeschlossene Acceptilation vorhanden war oder nicht. Für die bedingte Stipulation ist dies wiederum mehrfach ausgesprochen. L. 16 D. de solut. 46, 3:

Pompon. (lib. XV ad Sab.). — Sub conditione debitori si acceptum feratur, postea conditione existente intelligitur iam olim liberatus.

Vgl. auch L. 12 D. h. t. (de acceptil.) 46, 4 (Pompon. lib. XXVI ad Sabin.). L. 77 D. de R. J. 50, 17:

Papinian. (lib. XXVIII Quaest.). — Si acceptum feratur ei, qui sub conditione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intelligitur, si obligationis conditio extiterit.

Um hiezu den Gegensaz bei der Vorwirkung zu gewinnen, müssen wir noch ein anderes Verhältniß hereinziehen. Denn bei dem bedingten Damnationslegat kann von einer unmittelbaren Acceptilation schon um deswillen keine Rede sein, weil die Acceptilation bekanntlich eine verborum obligatio voraussezt L. 8. §. 3 h. t. Hätte aber der Legatar die Auszalung des Vermächtnisses noch eigens vom Erben stipulirt (L. 21 eod.), so hätten wir wieder eine gewönliche bedingte Stipulation, somit eine Rückziehung (Ob. Anm. 74. Vgl. L. 21 cit.). Wir müssen deshalb hier das Verhältniß des Bürgen zu Hülfe nehmen.

---

86) Es ergibt sich dies schon aus dem ganzen Wesen der Acceptilation, welche der Zalung, also der Erfüllung einer Verbindlichkeit vollkommen nachgebildet ist. (Vgl. L. 5, 16 pr. fin., L. 19 §. 1 D. de acceptil. 46, 4; l. 7 §. 1. D. de liberat. leg. 34, 3; Gai. III, 169, und über den Vorgang, den man eigentlich bei der acceptilatio annahm: L. 49 fin. D. de iur. dot. 23, 3; Scheurl: Beiträge zur Bearbeitung des röm. R. Bd. 2 Heft 1 (Erlangen 1854) S. 16 ff.) Außerdem ist es aber auch sehr deutlich in den zugleich anzuführenden Gesezen ausgesprochen.

Acceptilation mit d. Bürgen. Wenn mit dem fideiussor eine Acceptilation abgeschlossen wird, so wird im Allgemeinen auch der Hauptschuldner befreit. L. 16 §. 1 D. h. t.; L. 9 §. 8 D. quod. met. caus. 4, 2; L. 10 §. 13 D. mand. 17, 1. Dies ist sogar dann der Fall, wenn die Verpflichtung des Hauptschuldners nicht aus einer Stipulation hervorging. L. 13 §. 7 D. h. t.:

Ulpian (lib. I. ad Sab.). — Si fideiussori accepto fuerit latum, quum reus re non verbis fuisset obligatus, an reus quoque liberetur? Et hac iure utimur, ut, licet reus non sit verbis obligatus, tamen acceptilatione per fideiussorem liberetur.

Es ist nicht zu bezweifeln, daß dieser Saz auch richtig ist in Verbindung mit dem, was wir oben über die Acceptilation in Fällen der Rückziehung gefunden haben. Wenn also mit dem Bürgen, der sich nur bedingt verpflichtet hat, während schwebender Bedingung eine Acceptilation geschlossen wird: so wird die spätere Entscheidung der Bedingung zeigen, ob der Bürge verpflichtet war, ob sonach rechtlich von einer Acceptilation die Rede sein konnte oder nicht. Danach wird sich dann wieder bestimmen, ob durch diese Acceptilation der Schuldner befreit worden ist oder nicht. So entscheidet diesen oder doch wenigstens einen ganz ähnlichen Fall L. 72 D. de fideiuss. 46, 1 [87]). Ist aber die Hauptschuld selbst eine bedingte, und wird, während die Bedingnng schwebt, dem Bürgen acceptoferirt, so ist wieder für jeden Fall Hauptschuldner und Bürge befreit: falls die Bedingung nicht eintritt, weil sich dann ergibt, daß gar keine Schuld vorhanden war; falls sie eintritt, weil dann die Schuld durch die Acceptilation als getilgt erscheint. Ein ausdrücklicher Quellenausspruch hierüber ist mir nicht bekannt, allein aus der Verbindung der oben angezogenen Stellen (z. B. L. 13 §. 7 h. t. vbd. mit L. 16 D. de solut.) geht der Saz nicht minder klar hervor.

40. b) Vorwirkung. Acceptil. m. d. Bürgen b. einer künft. Schuld überhaupt.

So in Fällen, in denen zur Zeit der Acceptilation die Hauptschuld schon bestand, sei es daß dies schon damals gewiß war, oder erst durch einen spätern Umstand gewiß wurde. Wie

87) Nach einer Ansicht, die sich schon bei Brusselius de conditionn. lib. II. tit. 3 §. 13 findet, würde die Stelle sogar genau unsern Fall entscheiden. Danach wäre nämlich die Bedingung so aufzufassen: „Si navis fideiussore vivo ex Asia venerit." Ich halte dies indessen nicht für richtig.

aber, wenn zur Zeit der Acceptilation die Hauptschuld noch gar nicht vorhanden war? Betrachten wir das Verhältniß zunächst für eine künftige Schuld überhaupt, ohne vorläufige Rücksicht auf eine eigentliche Vorwirkung! Sezen wir also einen Fall, in dem ein Bürge sich schon jezt für eine künftige, etwa erst durch Geben eines Darlehens zu begründende Verbindlichkeit verbürgt hat [88])! Wie verhält es sich hier, wenn ebenfalls vor dem Geben des Darlehens mit dem Bürgen auch eine Acceptilation abgeschlossen worden wäre?

Wäre zunächst dem künftigen Hauptschuldner eine solche einstweilige Acceptilation geschehen, so würde (ganz abgesehen davon, ob die Schuld später durch Stipulation oder sonstwie begründet wird) die Acceptilation entschieden rechtlich vollkommen nichtig, so gut wie gar nicht erfolgt sein. Denn es mangelte ja an dem wesentlichsten Erforderniß für die Möglichkeit einer Acceptilation, an dem Dasein einer obligatio. Nicht dasselbe kann man von einer einstweilen mit dem Bürgen abgeschlossenen Acceptilation sagen. Für die Verpflichtung dessen, der sich im voraus für *eine* künftige Schuld verbürgt hat, ist die Entstehung dieser Schuld nicht blos vorwirkend begründender Umstand (s. g. conditio iuris), sondern einfache Bedingung, bei der, wie bei andern Bedingungen, eine Rückziehung eintritt. Es zeigt die spätere Entstehung der Hauptschuld, daß der Bürge schon rückwärts von der Verbürgung an verpflichtet war [89]). Dadurch erscheint aber auch früheren Erörterungen zufolge die inzwischen geschehene Acceptilation als vollkommen rechtsbeständig. Aber welches ist nun die Wirkung dieser Acceptilation? Da die Acceptilation mit dem Bürgen an sich auch immer den Hauptschuldner befreit, so wäre man geneigt, auch hier eine Befreiung desselben eintreten zu lassen. Allein dem steht wieder entgegen, daß zur Zeit der Acceptilation die Hauptschuld in keinem Falle vorhanden war, die Acceptilation einer nicht vorhandenen Schuld aber ein rechtliches Unding ist. Da nun überdies Bürge und Hauptschuldner als plures rei eiusdem obligationis erscheinen, die obligatio des einen

88) Daß dies möglich ist, dafür s. L. 6 §. 2 D. de fideiuss. 46, 1: Adhiberi autem fideiussor tam futurae, quam praecedenti obligationi potest, sowie die gleich folgenden Stellen.

89) S. ob. Anm. 74. Der dort bezüglich des Bürgen versprochene Beweis liegt in den sogleich anzuführenden Quellenaussprüchen.

daher mit der des andern steht und fällt: so würde uns jener Saz umgekehrt dazu führen, die Acceptilation als wirkungslos und den Bürgen als fortwährend verpflichtet zu betrachten. Dadurch wäre aber wieder gegen den Saz verstoßen, daß die Acceptilation mit dem Bürgen an sich vollkommen gültig war. Man sieht, ohne ein Opfer an Folgerichtigkeit kommen wir hier in keinem Fall durch. Aber welchem von den beiden Grundsäzen sollen wir die Oberhand einräumen? Offenbar hat der eine nicht mehr Anspruch darauf als der andere. Unter diesen Umständen werden wir — wie denn überhaupt im ganzen Reiche des Daseins widerstreitende Kräfte eine Mittelrichtung erzeugen — zu einem Mittelwege, zu einer gegenseitigen Beschränkung jener Grundsäze geführt. Wir werden demnach, und das wird zugleich dem Bedürfnisse des Lebens und der Absicht der Parteien am besten Rechnung tragen, die Acceptilation zwar als gültig anerkennen, aber sie nicht mehr wirken lassen, als sie kann, d. h. Befreiung des Bürgen, während die Hauptschuld durch die Acceptilation gar nicht ergriffen wird. Daß dies auch die Entscheidung des römischen Rechts ist, bedarf kaum einer Bemerkung. L. 13 §. 9 D. h. t.:

Ulpian (lib. L ad Sabin.). — Qui ita stipulatur a fideiussore: „quod Titio credidero, fide tua esse iubes?“, deinde, antequam crederet, acceptum fecit fideiussori, reus non liberabitur, sed quandoque ei creditum fuerit, tenetur. Nam etsi fideiussorem non ante, liberatum esse, credimus [90]), quam quum fuerit creditum reo, non tamen reus antiquiore acceptilatione, quam obligatio eius est, liberari potuit.

Acceptil. m. d. Bürgen bei eigentl. Vorwirkung.

Dasselbe nun, was bei der Verbürgung für eine künftige Schuld überhaupt gilt, muß auch gelten, wenn sich Jemand verbürgt hat für eine künftige Schuld, die nicht durch einen an sich schon zur Begründung einer Forderung tauglichen Umstand, sondern durch ein anderes, aber nur vorwirkendes Ereigniß zur Entstehung kommen soll. Ueberhaupt kommen bei Forderungen beide Fälle in ihren rechtlichen Wirkungen durchaus überein. Wenn also bei einem bedingten Damnationslegat der Legatar vor Erfüllung der Bedingung einen Bürgen angenommen hätte [91]),

90) Das „non ante“ gehört offenbar zu credimus, nicht zu liberatum esse. Non ante credimus, esse liberatum, quoniam non ante, obligatum fuisse, intelligimus.

91) Anders, wenn er sich vom belasteten Erben die Auszalung des Le=

so würde die mit diesem abgeschlossene Acceptilation ebenfalls wieder nur den Bürgen befreien, das Legat selbst würde aber, falls nur später die Bedingung einträte, nichts desto weniger geschuldet werden. So werden denn auch in unsern Quellen beide Fälle zusammengestellt. Wir lesen nämlich in dem der obigen Entscheidung unmittelbar vorangehenden §. 8 der L. 13 cit.:

> Si legatorum sub conditione relictorum fideiussori dato accepto latum sit, legata debebuntur, postea conditione eorum existente.

4) Eine andere Anwendung der Vorwirkung scheint noch aus L. 41 D. de condition. 35, 1 hervorzugehen: **41.** 4) L. 41 D. de condit.

> Ulp. (lib. XXXIV. ad Ed.) — Legata sub conditione relicta non statim, sed quum conditio extiterit, deberi incipiunt; ideoque interim d e l e g a r i non potuerunt.

Allein es ist an sich kein Grund denkbar, warum beim bedingten Damnationslegat vor erfüllter Bedingung keine Delegation möglich sein sollte. Denn wie man für eine künftige Forderung einen Bürgen annehmen kann, so kann man auch eine künftige Forderung schon jetzt — natürlich auch nur unter der Bedingung ihres späteren Entstehens — noviren. Dies ist klar von Ulpian selbst in L. 8 §. 2 D. de novat. 46, 2 ausgesprochen. Diese Stelle ist aber für uns hier um so beweisender, als der in ihr entschiedene Fall ein Fall einer expromissio ist. Da nämlich die delegatio sich von der expromissio nur durch einen hinzukommenden Auftrag des delegans an den delegatus und an den delegatarius unterscheidet (L. 12 in f. eod.), ein solcher aber natürlich durch das erst spätere Entstehen der Forderung ebenfalls nicht gehindert wird: so ergibt sich aus jener Entscheidung der L. 8 §. 2 cit. von selbst, daß, so gut wie eine expromissio, auch eine delegatio einer künftigen Forderung möglich sein muß. Es ist nun nicht abzusehen, warum dies bei einem bedingten Legat anders sein sollte. Zudem ist in L. 8 §. 1 eod.[92]) die Möglichkeit

---

gats animo novandi hätte versprechen und für Erfüllung dieses Versprechens hätte einen Bürgen stellen lassen. Dann hätten wir wieder eine gewönliche bedingte Stipulation (S. Anm. 74), und es müßte deshalb die dem Bürgen geschehene Acceptilation die ganze Forderung des Legatars vernichten. L. 21 D. h. t. vbd. mit L. 13 §. 7 eod.

92) Also was man bemerke, wieder in genauem Zusammenhang und in Zusammenstellung mit einer künftigen Schuld überhaupt.

einer Novation bei bedingten Legaten und Fideicommissen ohne alle Einschränkung anerkannt. S. auch L. 21 D. de acceptil. 46, 4 u. a. [93]).

All' diesen Schwierigkeiten würden wir entgehen, wenn wir in L. 41 cit. mit Haloander und der Vulgata statt delegari: legari lesen dürften. Dann würde die Stelle vom Vindicationslegat handeln und gäbe einen ganz guten Sinn. Denn bei dem bedingten Vindicationslegat ist der Legatar vor Erfüllung der Bedingung nicht Eigentümer, kann also auch die Sache nicht per vindicationem weiter legiren (Gai. II, 196). An dem Wort: deberi, das auf ein Damnationslegat hinzuweisen scheint, dürften wir keinen Anstoß nehmen; denn man weiß, in wie allgemeinem Sinne dieser Ausdruck, namentlich in der Verbindung: legatum deberi gebraucht wird. So kommt er z. B. auch ganz in derselben Weise bei einem ganz unzweifelhaften Vindicationslegat vor in L. 13 D. quando dies leg. 36, 2 („Sive illud factum fuerit, sive non fuerit, illi do lego.").

Allein der Annahme dieser Lesart stehen sehr entscheidend die Basiliken entgegen, die hier *μεταφέρεσθαι* (das griechische Kunstwort für novari) haben [94]). So werden wir denn doch wol bei delegari bleiben müssen. Wir müssen dann die Stelle so erklären, wie es für diesen Fall schon die Glosse thut: es sei keine

---

93) Dagegen kann man sich auch nicht auf L. 4 D. de transact. 2, 15 berufen. Denn wenn dort Ulpian von praecedentes obligationes spricht, so meint er offenbar solche, die auf einem der Aquiliana stipulatio vorhergehenden Grunde beruhen, und bei denen man daher annehmen kann, daß sich die Absicht der Parteien auf sie erstreckte. Ueber eine ähnliche Sprachweise beim statuliber s. L. 69 §. 1 D. de evict. 21, 2 vgl. L. 91 D. de V. O. 45, 1. — Warum übrigens das Verhältniß bei der novatio ein anderes ist als bei der acceptilatio, wol diese, nicht aber jene eine bereits bestehende Forderung voraussezt: das ist hier nicht näher zu erörtern. Es leuchtet übrigens ziemlich von selbst ein, wenn man nur bedenkt, daß es sich bei der acceptilatio blos um Aufhebung, und zwar erdichtete Erfüllung, bei der novatio dagegen daneben auch sehr wesentlich um Begründung einer Verbindlichkeit handelt.

94) Bas. XLIV, 19, 40 (ed. Heimb. IV. p. 444.) Die Stelle lautet vollständig: *Τὰ αἱρετικὰ λεγάτα μετὰ τὴν ἔκβασιν τῆς αἱρέσεως κεχρεώστηνται. ὅθεν οὐ μεταφέρεσθαι ἐν τῷ μεταξὺ δύνανται.* J. e. Legata conditionalia post conditionis exitum debentur. Ideo interim delegari non possunt.

Delegation mit sofortiger (interim) Wirksamkeit möglich, sondern deren Wirkung trete erst mit Erfüllung der Bedingung ein. Vgl. L. 8 §. 1 D. de novat. 46, 2. Ein freilich sehr natürlicher Saz, den Ulpian nicht noch besonders hervorzuheben brauchte, und der jedenfalls in der Art, wie er es gethan, sehr schlecht ausgedrückt ist!

Wahrscheinlich bezog sich die Stelle bei Ulpian ursprünglich auf das Vindicationslegat und hatte: legari mit einer auf diese Legatenart hindeutenden Beifügung. Da nun nach der Ausgleichung der Legatenformen, dies nicht mehr paßte, so ließen die Abfasser der Digesten den Beisaz weg und verwandelten (freilich Incidit in Scyllam etc.) legari in delegari [95].

5) Man wird vielleicht erwarten, daß ich als Ausfluß der blosen Vorwirkung noch einen Umstand aufführe, der beim bedingten Damnationslegat eintritt, den Umstand nämlich, daß dieses Legat vor Erfüllung der Bedingung nicht auf die Erben des Legatars übergeht. L. 5 pr. D. quando dies legat. 36, 2; vgl. L. 18 D. de R. J. 50, 17. Ich glaube allerdings, daß auch dies mit der hier eintretenden Vorwirkung zusammenhängt. Auch stellt L. 18 cit. die Frage, wann das Legat auf die Erben übergehe, mit der andern, wann es dem Gewalthaber des Legatars erworben werde, unter ganz gleichen Gesichtspunkt. Indessen schien es mir doch bedenklich, das fragliche Verhältniß so ohne weiteres mit unter die Wirkungen und somit unter die Kennzeichen der Vorwirkung zu sezen. Denn offenbar wäre dieser Nichtübergang auf die Erben vor erfüllter Bedingung auch bei der Annahme einer Rückziehung ganz gut zu erklären. Man dürfte nur bei jedem bedingten Legat, wie es schon häufig geschieht, als zweite stillschweigende, aus der Absicht des Testators abzuleitende Bedingung hinzudenken: „wenn der Legatar die Erfüllung der Bedingung erleben wird." Damit wäre man dann wieder zu demselben Ergebniß gekommen.

42. 5) Uebergang der Forderung auf die Erben.

95) Vielleicht hatte Ulpian ursprünglich DLLEGARI (do lego legari — bekanntlich eine Art der Bezeichnung des Vindicationslegats; vgl. fr. Vat. §. 47, 57, 75, 83, 86, 87, die drei lezten Stellen von Ulpian selbst). Es ist dann noch leichter erklärlich, wie dies, namentlich in der späteren Zeit, von einem Abschreiber für DELEGARI versehen werden konnte. —

2) Wirkungen beim Eigentum.

a) Vorbemerkungen.

43. Bes. Wichtigk. d. Unterschieds v. RZ. u. VW. bei dinglichen Rechten.

Wir kommen zu den einzelnen Folgen der Rückziehung und Vorwirkung bei dinglichen Rechten. Hier nun ist der Unterschied beider Verhältnisse von besonders eingreifender Wichtigkeit. Strenggenommen ist sogar nur hier die Aufstellung eines besondern Begriffs der Vorwirkung praktisches Bedürfniß. Denn im Personenrechte finden wir ja die Vorwirkung so gut wie gar nicht, bei Forderungsrechten aber sind, wie wir gesehen haben, die Fälle, wo ein Recht durch einen an sich schon zur Begründung desselben tüchtigen Umstand, und die andern, wo es durch einen an sich nicht dazu geschickten aber nur vorwirkenden Umstand entsteht, bezüglich der rechtlichen Wirkungen durchaus nicht verschieden. Wir könnten uns daher bei ihnen ohne allen praktischen Nachteil auf eine einfache Erweiterung des Kreises der Entstehungsgründe beschränken. Beim Eigentum dagegen und überhaupt bei dinglichen Rechten unterscheiden sich jene Fälle in ihren Wirkungen sehr wesentlich. Es steht hier die Vorwirkung zwischen der Rückziehung und dem spätern Entstehen eines dinglichen Rechts durch eine an sich schon zur Begründung eines solchen fähige rechtliche Thatsache (z. B. Tradition oder überhaupt Bestellung) gleichsam in der Mitte. Dies wird sich sogleich bei Betrachtung der einzelnen quellenmäßigen Anwendungen noch deutlicher ergeben.

44. Beschränkung der folg. Darstellung auf d. Eigentum.

Die in unsern Quellen vorfindlichen Beispiele bewegen sich aber fast ohne Ausnahme und, soweit sie für unsern Zweck tauglich sind, ausschließlich auf dem Boden des Eigentums, bei welchem der Unterschied zwischen Vorwirkung und Rückwirkung am wichtigsten und eingreifendsten ist und zugleich am häufigsten in's Leben tritt. Daher muß sich auch die gegenwärtige Darstellung auf das Gebiet des Eigentums beschränken. Uebrigens hat dies um so weniger Bedenkliches, als es lediglich auf richtige Erfassung des Gedankens unserer Quellen ankommt; die Uebertragung auf andere Verhältnisse macht sich dann von selbst.

Was nun aber beim Eigentum dem Unterschiede der Vorwirkung und Rückziehung eine so ganz besondere Tragweite gibt, ist hauptsächlich der Umstand — der bei Forderungen nicht in dieser Weise eintreten kann — daß hier immer zwei Personen im Spiele sind, von denen bei der Rückziehung der entscheidende Umstand die eine oder die andere rückwärts als Eigentümer zeigt,

bei der Vorwirkung die eine durch den Eintritt dieses Umstandes das Eigentum erwirbt, wogegen es die andere verliert[96]). Dies paßt freilich nicht ganz genau auf einen sehr wichtigen Fall: die Freilassung eines Sklaven. Denn hier handelt es sich nur auf der einen Seite lediglich um Eigentum, auf der andern steht das Dasein oder das Entstehen einer Persönlichkeit noch selbst in Frage. Im Uebrigen jedoch ist das Verhältniß ganz gleich; auch wird ja bekanntlich im römischen Recht die Freiheit überall nach ganz ähnlichen Grundsäzen wie das Eigentum behandelt[97]).

Nur in Bezug auf die Rückziehung gab es im römischen Recht auch Fälle, in denen nur eine einzige Person im Spiel steht, in denen also der spätere Umstand offenbart, ob überhaupt Eigentum an einer Sache bestand oder nicht. Dies trat z. B. ein bei Sachen, welche in die Gewalt der Feinde gekommen waren, sofern an ihnen ein ius postliminii stattfand. Blieben dieselben in der Gewalt der Feinde, so war natürlich daran das Eigentum für immer verloren; wurden sie dagegen den Feinden wieder abgenommen, so lebte das frühere Eigentum, und zwar rückwärts wieder auf[98]). Diese Fälle sind jedoch wegen der Einfachheit der dabei Plaz greifenden Grundsäze für uns hier ganz ohne alle Wichtigkeit.

Wir wenden uns nach diesen Vorbemerkungen zu der Betrachtung der einzelnen Wirkungen selbst. Es wird dabei geeignet sein, den reichhaltigen Stoff in mehrere Abteilungen zu zerlegen. Und zwar soll zuvörderst von dem Verhältniß der Vorwirkung und Rückziehung in Bezug auf die in der Zwischenzeit über die Sache getroffenen Verfügungen, dann von sonstigen Anwendungen, endlich insbesondere von der interessanten Frage die Rede sein: in welchem Zeitpunkte Jemand sowol bei der Rück-

---

96) Ich werde von diesen beiden Personen diejenige, welche beim Eintritt des spätern Umstandes das Eigentum (wirklich oder — bei der Rückziehung — nur scheinbar) verliert, der Kürze wegen, wie schon früher bemerkt, mit dem Ausdrucke: Zwischeneigentümer, die andere durch das Wort: Erwerber bezeichnen.

97) Eine noch größere Gleichheit würde sich ergeben, wenn man nach der scharfsinnigen Hypothese meines verehrten Lehrers v. Vangerow die Freiheit nach römischer Ansicht als Stehen im eigenen Eigentum betrachten dürfte. Vgl. die Bemerkung von Hase Postlim. S. 182 Anm. 3.

98) S. Hase Postlim. §. 9 (S. 143 ff.)

ziehung als bei der Vorwirkung die Gewalt über den Erwerber haben müsse um durch diesen das Eigentum zu erhalten?

b) Darstellung der Wirkungen selbst.

α) Bezüglich der Verfügungen über die Sache in der Zwischenzeit.

45. I. Verfügungen des Zwischeneigentümers. A. Regelmäß. Zsfallen dieser Verf. sowol b. d. VW., als b. d. RZ.

Wenn irgendwo, so sind wir hier an dem Punkte angelangt, wo die Unterscheidung einer Vorwirkung und Rückziehung ihre Probe bestehen muß, wenn irgendwo, so wird ihr hier das bekannte: Hic Rhodus, hic salta! entgegengerufen. Kann sie über diese Klippe glücklich hinauskommen, so ist sie so gut wie gesichert zu betrachten, wo nicht, so sinkt sie in das Nichts zurück, aus dem sie nur gleich einer Seifenblase für einige Augenblicke emporgetaucht war. Es wird daher dieser Punkt eine besonders gründliche Ausführung erfordern.

Es wurde schon früher bemerkt (S. Ziff. 32), daß sowol bei der Vorwirkung als bei der Rückziehung die Verfügungen, welche der Zwischeneigentümer über die Sache getroffen hat, mit dem Eintritt des entscheidenden Umstandes von selbst und ohne weiteres zusammenfallen. Dabei wurde aber gleichfalls schon gesagt, daß einmal dies durchaus nicht ausnahmslos der Fall, und daß ferner überhaupt diese Gleichheit der Vorwirkung und Rückziehung nur für die rein äußerliche Betrachtung, nicht aber für das Auge des Rechts vorhanden sei. Es werden diese Säze nunmehr zu begründen sein. Dabei wird sich dann noch mancher tiefere Blick in das Wesen beider Verhältnisse, sowie überhaupt in manche bisher noch vielfach sehr dunkele Rechtsgebiete ergeben.

46. B. Grd. dieser Wirkung. 1) bei d. RZ.

Bei der Rückziehung fallen die Verfügungen des Zwischeneigentümers einfach deshalb zusammen, weil sich nun eben nachträglich zeigt, daß derselbe in Wirklichkeit gar nicht Eigentümer war, somit auch natürlich keine Verfügungen treffen konnte, wie sie nur im Eigentumsrechte begründet sind. Es erscheinen also diese Verfügungen als von Anfang an vollkommen ungültig und wirkungslos, als rechtlich gar nicht vorhanden.

47. 2) bei d. VW.

Ganz anders bei der blosen Vorwirkung. Hier wird nicht, wie bei der Rückziehung durch den Eintritt des spätern Umstandes das Zwischeneigentum gleichsam weggewischt, vielmehr ist bis dahin der Zwischeneigentümer in jedem Fall wirklicher Eigentümer gewesen. Sonach waren auch die von ihm ausgegangenen

Verfügungen in jedem Fall an sich vollkommen gültig und wirksam. Fallen nun dieselben trozdem beim Eintritt des spätern Umstandes zusammen, so muß dies offenbar auf einer ganz andern Anschauung beruhen. Diese Anschauung ist aber folgende:

Natur d. VW. beim Eigent.

In allen Fällen des vorauflöslichen Eigentums trägt die Sache selbst den Keim in sich, beim Eintritt eines spätern Umstandes in das Eigentum eines Andern überzugehen. Es wird also durch die ursprünglich den spätern Eigentumsübergang begründende rechtliche Thatsache die Sache, das Eigentum selbst ergriffen, und zwar ergriffen in dem Umfang, in dem es beim Eintritt jener Thatsache dem Verfügenden zustand. (Darin liegt der wesentliche Unterschied dieser Fälle von den Fällen der blos obligatorischen Verpflichtung des Eigentümers zur Uebertragung seines Eigentums). Wenn nun so die Sache selbst als gebunden erscheint, wenn es als deren objective Eigenschaft zu betrachten ist, in Folge eines spätern Ereignisses in das Eigentum eines Andern zu fallen: so ist damit umgekehrt von selbst gegeben, daß nun auch das Eigentum Dessen, der die Sache durch jenes Ereigniß verlieren wird, ein objectiv, in sich selbst beschränktes ist. Es trägt dies Eigentum in dem ganzen Umfang, in dem es durch die rechtliche Thatsache, die den ursprünglichen Anstoß zu dem spätern Eigentumswechsel gab, ergriffen wird, den Keim in sich, sich beim Eintritte des entscheidenden Umstands aufzulösen. Nehmen wir nun noch den sehr natürlichen Saz zu Hülfe, daß Niemand mehr Recht geben kann, als er selber hat, so ergibt sich: Wenn der Zwischeneigentümer die Sache veräußert, so kann man (beim Eintritt des entscheidenden Umstands) nicht sagen, die Veräußerung sei ungültig. Sie ist vielmehr vollkommen rechtsbeständig; nur kann natürlich der Veräußerer dem Erwerber (hier, versteht sich, nicht in dem Sinne der Anm. 96 zu nehmen) kein unbeschränktes Eigentum verschaffen — denn ein solches hat er selbst nicht —, sondern er überträgt das Eigentum nur mit derselben Schranke, nur in derselben Gebundenheit, die es auch bei ihm hatte. Tritt demnach später der auflösende Umstand ein, so muß nun bei Dem, der das Eigentum vom Zwischeneigentümer überkommen hat, dasselbe eben so unmittelbar und ohne weiteres erlöschen, als es bei dem Veräußerer selbst erloschen sein würde. Das Gleiche muß aber natürlich von der Bestellung anderer dinglicher Rechte gelten. Denn diese sind nichts weiter als Ausflüsse und Abzweigungen des Eigentums; sie müssen daher immer den-

selben Schranken unterliegen, welchen das Eigentum selbst, aus dem sie abgeleitet sind, unterworfen ist[99].

48. Der Satz: Nemo plus iuris etc. bezieht sich auch auf d. Dauer des erteilten Rechts.

Diese Darstellung mag Vielen auffallend und bedenklich scheinen, Denen namentlich, welche den Saz: Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet nur auf den Umfang des übertragenen Rechts, nicht aber auf dessen Zeitdauer beziehen[100]. Aber warum sollte dieser Saz nicht auch in Betreff der Zeitdauer gelten? Und wenn der Veräußerer nur ein in sich zeitlich beschränktes Recht hat, wie sollte er einem Andern ein unbeschränktes erteilen können? Indessen man folgert so: Wenn Jemandes Eigentum nur der Dauer nach beschränkt ist, also beim Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes nicht etwa rückwärts als nicht dagewesen betrachtet werden, sondern nur von jezt an auf einen Andern übergehen soll (wie ich es bei der Vorwirkung annehme): so hat es jedenfalls als vollendete Thatsache bestanden, es ist aus dem Reiche des Daseins nicht mehr wegzuwischen, und es kann eben nur von einem Uebergang desselben die Rede sein. Wenn es aber auf einen Andern blos übergeht, so kann es auch natürlich nur in dem Zustand übergehen, in welchem es sich zur Zeit dieses Uebergangs befindet, also unbeschadet aller Verfügungen des gewesenen Eigentümers. Diese könnten nur

---

99) Im Wesentlichen dieselbe Erklärung für das Verhältniß bei dem bedingten Vindicationslegat hat Göschen Vorlesungen Bd. 2 Abt. 1 S. 13 f. vgl. S. 11. — Die Meisten, welche bei dem bedingten Legat keine Rückziehung annehmen, machen sich die Sache leicht. Sie stellen das Zusammenfallen der Verfügungen des Erben als zweifelloses Ergebniß der Quellen, als „certum ius" hin, ohne sich weiter um die Erklärung zu bekümmern. So z. B. Vinnius: Quaest. select. Lib. II. cap. 5 Nro. 2. Auch Cujacius spricht sich über den Grund nirgends ganz deutlich aus. Vgl. Cuj. ad L. 11 §. 1 D. quaemadm. serv. amitt. (Opp. ed. Neap. VII. p. 468), ad L. 69 §. 1 (VII. p. 1050), L. 81 (VII. p. 1056) D. de legat. I; ad L. 67 (66) D. de R. V. (VII. p. 338.) Andere nehmen deshalb wenigstens eine teilweise Rückziehung an, so z. B. Brusselius de cond. lib. II. tit. 3 §. 46. — Nach Gersterding endlich: Ausführl. Darstellung der Lehre vom Eigentum. Greifswald 1817 S. 34 liegt der Grund darin, weil das Recht des Erben wider dessen Wille aufhöre!

100) Und dies ist, wenigstens beim Eigentum, die Ansicht unserer bedeutendsten Schriftsteller. Ich nenne nur Puchta Pand. §. 142 und Vorlesungen dazu Ziff. 3; Sintenis Prakt. CivilR. §. 39 (S. 407 ff.) und in der Ztschr. f. CR. u. Pr. Bd. 20 S. 49 ff.

dann zusammenfallen, wenn der Verfügende so betrachtet würde, als hätte er gar nie Eigentum gehabt[101]. — Man denkt sich also das Eigentum, wie die Sache selbst, als etwas Bleibendes, Dauerndes, d. h. m. a. W. als etwas objektiv mit der Sache Verknüpftes, das gleich einer Waare von Hand zu Hand geht, und wobei der Eine immer an dem Punkt anknüpft, an dem der Andere aufhört. Es kann daher auch nur, wie eine Sache, in der Beschaffenheit auf einen andern übergehen, in welcher es sich zur Zeit des Uebergangs befindet. Jeder Eigentümer erscheint gleichsam nur als Verwalter des Eigentums, und zwar so, daß immer jeder spätere die Verwaltung des früheren anerkennen muß. — Allein wir nehmen eben an, der Verwalter — um bei dem Bilde zu bleiben — habe keine unbeschränkte Vollmacht gehabt; es seien ihm Verfügungen nur bis zu einer gewissen Grenze gestattet gewesen. Wir betrachten die Sache selbst als gebunden, wir sehen es als objective Beschaffenheit des Eigentums an, in einem gewissen Umfange beim Eintritt eines spätern Umstandes auf einen Andern überzugehen. Als objective rechtliche Beschaffenheit der Sache selbst ist sie aber dem Einfluß des subjectiven Willens entzogen, ein Verhältniß, wie wir es ganz in ähnlicher Weise ja auch bei einer dem Verkehr entzogenen Sache finden. Ueberdies nimmt jene Ansicht selbst das Eigentum, also das rechtliche Unterworfensein einer Sache unter den Willen einer Person, als objective rechtliche Eigenschaft der Sache an. Sollte man es da nicht in gleicher Weise als mögliche rechtliche Eigenschaft einer Sache betrachten können, beim Eintritt eines gewissen Umstands in das Eigentum eines Andern zu fallen? Dazu kommt, daß sich jene ganze Schlußfolgerung geradezu umdrehen und für unsere Ansicht benuzen läßt. Wenn das Eigentum nur in der Beschaffenheit auf einen Andern übergehen kann, in der es sich zur Zeit des Uebergangs befindet, so folgt daraus eben, daß Derjenige, dessen Eigentum einer Zeitschranke unterliegt bezw. den Keim in sich trägt, beim Eintritt eines spätern Umstandes auf einen Andern überzugehen, dies Eigentum nur mit derselben Schranke auf einen Andern übertragen kann. Wir wären also damit gerade wieder auf unsern Standpunkt zurückgekommen.

101) Vgl. Sintenis Pr. CR. S. 410 f., Ztschr. S. 66 ff.

Wäre aber auch die hier bekämpfte Ansicht innerlich noch so gut begründet, so könnte sie doch wenigstens auf Uebereinstimmung mit unsern Quellen keinen Anspruch machen; im Gegenteil steht sie deren Entscheidungen auf allen Punkten schnurstracks entgegen. Für Einen Fall müssen dies die Verteidiger jener Ansicht selbst zugeben. Nämlich bei dem betagten Legat einer dem Testator zu eigen gehörenden Sache kann man sicher keine Rückziehung annehmen, und dennoch erlöschen die inzwischen vom Erben getroffenen Verfügungen. Das soll nun freilich Justinian erst neu eingeführt haben[102]; aber dies selbst einen Augenblick als richtig vorausgesezt, was wäre damit gewonnen? Bliebe nicht noch das bedingte Legat, bei dem, wie wir gesehen haben, ebenfalls keine Rückziehung eintritt? Anderer wichtiger Fälle der Vorwirkung hier gar nicht zu gedenken. Zu welchen seltsamen Ergebnissen man übrigens auch für das praktische Rechtsleben mit jener Ansicht kommen müsste, das soll unten noch an einem Beispiel veranschaulicht werden (S. Ziff. 50.)

49. Anschauung d. VW. in den Quellen. Demnach könnte man nur noch bezweifeln, ob denn wirklich bei der Vorwirkung die Sache selbst ergriffen sei, ob sie wirklich in der Art, wie oben dargestellt, als rechtlich gebunden betrachtet werden müsse. Ich könnte darauf einfach mit der Gegenfrage antworten: wie denn aber, wenn wir diese Erklärung verwerfen, sonst noch das Zusammenfallen der Verfügungen des Zwischeneigentümers bei der Vorwirkung zu erklären sei? Denn eine Erklärung aus der Rückziehung, wie sie gewönlich gegeben wird, ist in allen betreffenden Fällen aus dem einfachen Grunde unthunlich, weil eben nach klaren Quellenaussprüchen in denselben keine Rückziehung stattfindet. Was bleibt also noch übrig, wenn man die obige Erklärung nicht annehmen will[103]? Aber daß

102) Vgl. Sintenis Pr. CR. S. 411 Anm. 17; in der Ztschr. S. 69.

103) Ich wüßte nur etwa noch die Erklärung von Windscheid, der in seiner Schrift: Ueb. d. Wirkg. d. erf. Bedg., sowie in einem Aufsaze: Ueber die Wirkungen der erf. Potestativ-Bedingung (im Archiv für civ. Pr. Bd. 35 S. 51 ff.) Alles aus der Gebundenheit des Willens ableitet. Einmal indessen ist der Unterschied dieser und der oben gegebenen Erklärung ersichtlich nicht sehr groß, dann aber sieht man bei etwas genauerer Betrachtung leicht, daß sich bei Windscheid selbst, hinter der Gebundenheit des Willens doch eigentlich eine Gebundenheit der Sache versteckt. Wie könnte auch W., wenn er blos den Willen (und nicht wenigstens mittelbar auch die Sache) für gebunden hielte, in der leztgenannten Abhandlung

diese auch wirklich die Anschauung, und zwar die vollkommen bewußte Anschauung des römischen Rechtes ist, das läßt sich zu allem Ueberfluß aus klaren Aussprüchen desselben ableiten. Am deutlichsten und häufigsten finden sich solche Aussprüche beim statuliber. Hier wird uns auf das allerbestimmteste gesagt, daß die Hoffnung, durch Erfüllung der Bedingung die Freiheit zu erlangen, als unvertilgbare, unauslöschliche rechtliche Eigenschaft an dem statuliber hafte, daß sie ihn somit in alle Hände begleite und ihm durch keine Verfügung des Erben entzogen werden könne. Ich hebe unter den vielen Stellen nur einige der bedeutendsten aus: L. 2 pr. D. de statul. 40, 7:

> Ulpian (lib. IV. ad Sab.) — Qui statuliberi causam apprehendit, in ea conditione est, ut, sive tradatur, salva spe libertatis alienetur, sive usucapiatur, cum sua causa usucapiatur, sive manumittatur, non perdat spem arcini liberti.

Das ist doch gewiß so deutlich wie möglich gesprochen, besonders aber sind die bezeichnenden Worte: cum sua causa ein ganz schlagender Beweis für den oben aufgestellten Saz. Denn wir finden in unsern Quellen, daß dieser Ausdruck in Verbindung mit der Eigentumsübertragung (wie in L. 2 pr. cit.) eben gerade gebraucht wird, um ein solches Ergriffensein der Sache, eine an derselben haftende objective rechtliche Eigenschaft, sei sie nun vorteilhaft oder nachteilig, anzuzeigen. Namentlich werden also z. B. der Sache anklebende dingliche Rechte, wie active oder passive Grunddienstbarkeiten oder Pfandrechte, darunter verstanden[104]. Uebrigens hat sich nicht etwa Ulpian in L. 2 pr. cit.

S. 54 sagen: der Verleiher könne dem ersten bedingten Erwerber die rechtliche Aussicht, in einem gewissen Fall ein Recht wirklich zu erwerben, nicht mehr verkümmern, und was er zu diesem Ende thue, sei nichtig? Denn nach dem Abschluß eines Kaufvertrags ist der Wille doch ganz anders gebunden, als bei einem blos bedingten Rechtsgeschäft (dazu einem solchen, bei dem die Erfüllung der Bedingung in der Willkür des bedingt Verpflichteten steht, wie es ja W. a. a. O. voraussezt). Und dennoch wird Niemand die vom Verkäufer vor der Uebergabe der Sache über dieselbe getroffenen Verfügungen für nichtig erklären; eben ganz einfach deswegen, weil hier nur der Wille, und nicht auch die Sache gebunden ist.

104) Man vgl. in dieser Hinsicht L. 67 D. de contr. emt. 18, 1: Pompon. (lib. XXXIX. ad Qu. Muc.) — Alienatio quum fit, cum

jenes Ausdrucks nur einmal gelegentlich bedient, sondern derselbe kehrt beim statuliber sehr häufig wieder. So gleich in §. 3 eod. ferner in L. 24 §. 21, L. 45 §. 2 fin. D. de fideic. lib. 40, 5 (Ulp.) und in L. 36 D. de statul. 40, 7 (Papinian.) Nicht minder bezeichnend ist der Ausdruck bei Ulp. II, 3:

Statuliber seu alienetur ab herede, sive usucapiatur ab aliquo, libertatis conditionem secum trahit.

Vgl. auch L. 9 §. 1, 2 D. tit. cit. 40, 7 (Ulp.): Statuliberi causa — conditio immutabilis est. Ganz entscheidend aber und wie für uns eigens berechnet ist endlich L. 6 D. si ex nox. caus. 2, 9:

Paul. (lib. XI. ad Sab.) — Sed si statuliberum sisti promissum sit, in eadem causa sisti videtur, quamvis liber sistatur, quod implicitus ei casus libertatis fuerit.

Durch diese Stellen ist eigentlich der Beweis auch schon für die andern Fälle geführt. Denn warum sollte es bei diesen anders sein als beim statuliber? Es ist aber von der bedingten testamentarischen Freilassung um so eher ein Schluß auf die übrigen Fälle zu machen, als ja, wie schon früher bemerkt, bei der Ausbildung des wichtigsten derselben, des bedingten Vindicationslegats das Verhältniß beim statuliber als Vorbild gedient hat

---

sua causa dominium ad alium transferimus, quae esset futura, si apud nos ea res mansisset. Die Erklärung dazu gibt L. 20 §. 1 D. de A. R. D. 41, 1: Ulp. (lib. XXIX. ad Sab.) — Quoties autem dominium transfertur, quale fuit apud eum, qui tradit; si servus fuit fundus, cum servitutibus transit, si liber, uti fuit; et si forte servitutes debebantur fundo, qui traditus est, cum iure servitutum debitarum transfertur. In Betreff des Pfandrechts s. L. 18 §. 2 D. de pigner. act. 13, 7: Paul. (lib. XXIX. ad Ed.) — Si fundus pignoratus venierit, manere causam pignoris, quia cum sua causa fundus transeat, sicut in partu ancillae, qui post venditionem natus sit. Ebenso L. 12 C. de distract. pign. 8, 28. — In derselben Bedeutung kommt auch der Ausdruck: cum sua conditione vor L. 23 §. 2 D. de servit. praed. rust. 8, 3, dem wir beim statuliber ebenfalls häufig begegnen. — Uebrigens sind die angeführten Stellen hier noch insofern von Wichtigkeit, als in denselben der Ausdruck: cum sua causa offenbar gleichsam als kurze Bezeichnung des Satzes erscheint: Nemo plus iuris etc. Sie können deshalb in Verbindung mit den bezüglich des statuliber angegebenen und den hinsichtlich des bedingten Vindicationslegates noch anzugebenden als Bestätigung früherer Ausführungen (S. Ziff. 48) dienen.

(Gai. II, 200.) Uebrigens ist gerade auch für das bedingte Vindicationslegat die obige Anschauung mit derselben Bestimmtheit ausgesprochen[105]). Ich kann mich statt aller auf zwei Stellen beschränken: L. 12 §. 2 D. fam. ercisc. 10, 2:

Ulpian. (lib. XIX. ad Ed.) — Res, quae sub conditione legata est, interim heredum est; et ideo venit in familiae erciscundae iudicium, et adiudicari potest, cum sua scilicet causa, ut existente conditione eximatur ab eo, cui adiudicata est, aut deficiente conditione ad eos revertatur, a quibus relicta est. Idem et in statulibero dicitur, qui interim est heredum, existente autem conditione ad libertatem perveniat:

Man sieht, die Stelle beweist unwiderleglich, nicht nur durch denn kennzeichnenden Ausdruck: cum sua causa[106]), dem wir auch hier wieder begegnen, sondern namentlich auch durch die völlige Zusammenstellung des bedingten Vindicationslegats mit dem sta-

105) Wenn wir nicht auch für die andern beiden Fälle, die oben noch als Beispiele der Vorwirkung namhaft gemacht wurden, solche Stellen finden, so darf uns dies nicht etwa zur Annahme einer Eigentümlichkeit bei bedingten letztwilligen Verfügungen verleiten. Denn der vom Nießbrauch hergeholte Fall wurde begreiflich nur sehr selten praktisch, auch ist meines Wissens L. 12 §. 5 D. de usufr. die einzige Stelle, die ihn überhaupt berührt. Bei der Schenkung Todes halber unter Ehegatten aber konnte sich die Frage nach der Gültigkeit oder Ungültigkeit der Verfügungen des Schenkers in der Zwischenzeit gar nicht aufwerfen. Denn derselbe konnte ja in jedem Augenblick die ganze Schenkung widerrufen, woraus sich von selbst die Gültigkeit seiner Verfügungen ergibt.

106) Wie Sell Ueb. bed. Trad. S. 148 diesen Ausdruck dahin mißverstehen konnte, daß damit die Accessionen und Früchte gemeint seien, ist unbegreiflich. Noch unbegreiflicher aber ist es, daß wegen desselben unsere Stelle beweisen soll, der Erwerber unter einer Bedingung habe bei deren Erfüllung einen Anspruch auf die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte. Denn abgesehen von allem Andern handelt die L. 12 §. 2 cit. doch wol vom bedingten Legat. Es ist aber ein allgemein anerkannter und bekannter Saz des römischen Rechts, daß beim bedingten Legat die Früchte der Zwischenzeit dem Erben zufallen. Vgl. L. 32 §. 1 D. de legat. II. (31); L. 3 §. 1 D. de legat. III. (32); L. 24 §. 20 D. de fideic. libert. 40, 5; L. 15 §. 6, L. 24 §. 1, L. 88 §. 3 D. ad L. Falc. 35, 2 u. a. m.

tuliber. Noch schlagender wo möglich ist aber L. 82 pr. D. de legat. I:

Julian. (lib. XXXIII. Dig.) verb. — quia is status est eius (sc. rei sub conditione alii legatae), ut existente conditione discessurum sit a me dominium.

Also wie der status an der Person, so klebt und haftet die Eigenschaft, beim Eintritt der Bedingung in's Eigentum des Legatars überzugehen, an der Sache[107].

Dabei will ich schließlich bemerken, daß schon Ihering in seinem berühmten Werke über den Geist des römischen Rechts[108]) für das Verhältniß beim statuliber eine mit der obigen durchaus übereinstimmende Erklärung gibt. Er scheint jedoch den Zustand objectiver rechtlicher Gebundenheit einer Sache als eine Besonderheit beim statuliber (und den res publicae Ih. a. a. O. Anm. 236) aufzufassen, während nach den vorstehenden Ausführungen darin nur eine einzelne Anwendung eines allgemeinen Verhältnisses zu erblicken ist[109]).

50. Prakt. Rechtfertigung dieser Anschauung.

Diese Erörterungen haben, wie mir dünkt, den überzeugenden Beweis geliefert, daß in der That das römische Recht die Fälle der Vorwirkung beim Eigentum als Fälle rechtlicher Gebundenheit einer Sache selbst anschaut. Wäre daher diese Anschauung noch so auffallend und unnatürlich: wir müßten sie als Grundsaz des gegebenen Rechts anerkennen. Aber selbst das Auffallende verschwindet bei näherer Betrachtung. Oder sollte denn wirklich die Annahme einer derartigen rechtlichen Gebundenheit einer Sache so viel unnatürlicher sein als die Annahme einer

---

107) Den vollständigen Wortlaut der Stelle sowie deren Erklärung s. unten Ziff. 52 und Anm. 116. — Vgl. auch noch L. 54 §. 1 D. de condit. 35, 1: Javolen. (lib. II. ex Cassio) — Duobus eadem res, si heredi centum dedissent, legata est; si alter ex his quinquaginta dederit, partem legati consequetur, et pars eius, qui non dederit, alteri cum sua conditione accrescit.

108) Zweiter Teil Abt. 1 Leipzig 1854. §. 32, 1 (S. 176).

109) Vgl. auch Madai: D. Statuliberi §. 18 (S. 165 ff.), der nur nebenbei noch von einem Recht des statuliber auf Erlangung der Freiheit spricht (!). — Bezüglich der Ersizung, in welcher ja, wie bereits früher bemerkt (S. Anm. 78), ebenfalls ein Fall der Vorwirkung zu erblicken ist, hat das Verhältniß sehr schön ausgesprochen Scheurl in seinen Beiträgen Bd. 1 S. 90 f., 220; Bd. 2 Heft 1 S. 63.

Gebundenheit derselben im Falle ihrer Verpfändung oder im Falle der Bestellung eines andern dinglichen Rechts, ich will nicht sagen beim Eigentum selbst? Ist es im Grunde weniger auffallend, daß eine Sache für Zalung einer Schuld haften, weniger auffallend, daß sie einem Andern den Weg zu seinem Grundstück, das Wasser zur Tränkung seines Viehs, die Mauer zur Stüzung seines Gebäudes liefern muß, als daß sie beim Eintritt eines gewissen Umstandes in sein Eigentum übergeht[110]?

---

110) Mit dinglichen Rechten ist die Vorwirkung auch in unsern Quellen vielfach zusammengestellt. So z. B. mit dem Nießbrauch in L. 38 §. 3 D. de solut. 46, 3. Vgl. auch L. 60 eod. — Die Vergleichung insbesondere mit der Verpfändung paßt um so mehr, als in der That auch bei dieser ein Fall der Vorwirkung begründet ist. Oder wie wollte man sonst erklären, daß der Pfandgläubiger, der doch nicht Eigentümer ist, durch den Verkauf der Pfandsache deren Eigentum unmittelbar auf den Käufer überträgt, und zwar überträgt in demselben Umfang, wie es dem Verpfänder zur Zeit der Verpfändung zustand, ohne alle Rücksicht auf Dessen später über die Sache getroffene Verfügungen? Vgl. L. 18 §. 2 D. de pignor. act. 13, 7 (ob. Anm. 104); L. 14, 15 C. de pignor. 8, 14 (13); L. 3, 10 C. de remiss. pign. 8. 26 (25); L. 12 C. de distract. pign. 8, 28 (27); L. 4 C. de evict. 8, 45 (44); s. auch L. 205 D. de R. J. 50, 17 (abgedruckt am Ende dieser Anm.) — Gewönlich sucht man den Grund darin, daß der Gläubiger als Procurator des Verpfänders angesehen werden müsse. Aber welch' sonderbare Procuratie, wo der Procurator mehr Recht als der Auftraggeber übertragen könnte! Freilich könnte man meinen, der Auftrag sei nicht erst als im Augenblicke des Verkaufs durch den Pfandgläubiger, sondern als im Augenblicke der Verpfändung gegeben zu betrachten; daraus fließe von selbst dessen Veräußerungsrecht im genannten vollen Umfang. Aber wie? Begründet denn ein Auftrag nicht etwa ein rein obligatorisches Verhältniß; kann sich also Jemand durch blosen Auftrag die Hände bezüglich der Verfügung über eine Sache binden? Auch der Umstand, daß man offenbar hier eine procuratio in rem suam annehmen müßte, macht keinen Unterschied. Denn, ob in rem suam oder nicht, procuratio ist und bleibt immer nur procuratio, kann also lediglich ein obligatorisches Verhältniß erzeugen. Wollte man aber etwa weiter gehen und auch die Sache selbst als ergriffen betrachten, so wäre man eben damit gerade da, wo ich hinwill, nämlich bei der Vorwirkung angekommen. Aber es ist überhaupt die Betrachtung des Pfandgläubigers als Procurator des Verpfänders unmöglich. Denn das Pfandrecht ist ein dingliches Recht; der Pfand-

Noch mehr söhnt man sich aber mit der Sache aus; wenn man sich einzelne Fälle vergegenwärtigt. Nehme man z. B. — denn

---

gläubiger steht demnach der Sache unmittelbar gegenüber, mit dem Verpfänder steht er rücksichtlich seines Pfandrechtes in gar keiner Beziehung. (Man mißverstehe dies nicht dahin, als leugnete ich oder wüßte ich nicht, daß durch den Besiz der Pfandsache ein obligatorisches Verhältniß zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder — contractus pignoraticius — begründet wird). Am allerwenigsten steht er zu ihm im Verhältniß eines Beauftragten zu seinem Auftraggeber, so wenig als der Eigentümer eines Grundstückes, dem eine Wegdienstbarkeit zusteht, zu dem Eigentümer des dienenden Grundes. — Was so aus allgemeinen Gründen unmöglich ist, erhält auch durch unsere Quellen keine Bestätigung. Von allen Stellen nämlich, die z. B. Puchta Pand. § 205 not. h. dafür anführt, daß der Pfandgläubiger als Procurator des Verpfänders zu betrachten sei (L. 2 C. si antiq. cred. 8, 20; L. 1, 2 C. cred. evict. 8, 46; L. 11 §. 16 D. de A. E. V. 19, 1; L. 29 D. fam. erc. 10, 2; L. 10 §. 1 D. qu. mod. pign. 20, 6) sprechen nur L. 1 C. cit. 8, 46 und L. 29 D. cit. 10, 2 von einem procurator. In der ersten aber ist der procurator ein procurator des Pfandgläubigers, durch den dieser veräußert hat, und die zweite erkennt einmal nur eine Aehnlichkeit mit einem procurator an („pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset"), sodann aber selbst dies nur für einen ganz besondern, das allgemeine Verhältniß beim Pfandrechte gar nicht berührenden Fall, von dem auf dies Verhältniß um so weniger ein Schluß zu machen ist, als es sich in L. 29 cit. um ein pignus, also ein im Besize des Pfandgläubigers befindliches Pfand handelt, bei dem ohnehin ein obligatorisches Verhältniß zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger vorhanden ist. Also vom procurator enthalten unsere Quellen nichts. Dagegen ist in ihnen das Verhältniß der Vorwirkung klar ausgesprochen. Ich will mich in dieser Hinsicht nicht, obwol es allein schon hinreichend wäre, auf das ganze, oben bereits kurz angedeutete Verhältniß, die ganze rechtliche Stellung des Pfandgläubigers, sondern nur auf unmittelbare Quellenzeugnisse berufen. Ein solches Zeugniß findet sich aber in L. 205 D. de R. J. 50, 17:

Pompon. (lib. XXXIX. ad Qu. Muc.) — Plerumque fit, ut etiam ea, quae nobis abire possint, proinde in eo statu sint, atque si non essent eius conditionis, ut abire possent; et ideo, quae fisco obligamus, et vindicare interdum (hier so viel wie interim), et alienare et servitutem in praedio imponere possumus (womit natürlich nicht gesagt ist, daß diese Verfügungen beim Eintritt des spätern Umstandes nicht zusammen-

dabei fällt das Verhältniß am schärfsten in die Augen — ein Grundstück, an welchem ein Anderer den Nießbrauch hat! Hier kommen, wie wir gesehen haben, die Früchte erst durch die Besizergreifung ins Eigentum des Nießbrauchers, werden sie vorher durch irgend einen Zufall von der Hauptsache getrennt, so stehen sie einstweilen im Eigentum des Grundeigentümers. Hätte daher Dieser sein ganzes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen verpfändet, so wäre kein Zweifel, daß auch jene Früchte, sowie sie durch die Abtrennung zu selbstständigen Sachen werden, in dies Pfandrecht fielen. Was wäre nun hier auffallend? Offenbar, wenn dies Pfandrecht durch die spätere Besizergreifung von Seite des Nießbrauchers nicht erlösche (wie es folgerecht Diejenigen annehmen müßten, welche die Regel: Nemo plus iuris etc. nicht auf die Dauer, sondern nur auf den Umfang des übertragenen Rechtes beziehen). Denn dann würde es ja in der Macht des Eigentümers liegen, das ganze Recht des Nießbrauchers zu vereiteln. Während man dem Nießbraucher gerade deshalb ein dingliches Recht zuerkannt, d. h. ihn in blose Beziehung zur Sache ohne alle Vermittelung des Eigentümers gesezt hat, um ihn gegen alle Eingriffe und Störungen von Seite des Leztern möglichst zu sichern: wäre er — eine wahre Ironie des Schicksals — gerade durch das, was ihn schüzen sollte, in eine

---

fallen: L. 67 D. de contr. emt. (ob. Anm. 104) aus demselben Buch des Pomponius, die sich vielleicht an die L. 205 mit Sed angeknüpft unmittelbar anschloß. Vgl. auch die oben angeführten Stellen.)

Vergleicht man mit dieser Stelle L. 66 D. de R. V. 6, 1, wo mit denselben Worten das Verhältniß beim bedingten Legat und der bedingten testamentarischen Freilassung besprochen wird:

Paul. (lib. II. Quaest.) — Non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus, quod abire a nobis dominium speratur, si conditio legati vel libertatis extiterit,

so wird man nicht länger zweifeln, daß unsere Quellen selbst, auch bei dem Pfandrecht ein Verhältniß der Vorwirkung erblicken. Es wird auch das bedingte Legat und der statuliber mit dem Pfandrecht sehr häufig zusammengestellt. Man vgl. nur z. B. L. 27, 29 D. qui et a quib. 40, 9. Ueberdies treten bei beiden ganz dieselben Grundsäze und Wirkungen ein, worauf ich im Laufe der Darstellung hie und da in einer Anmerkung hindeuten werde. — Welches Licht übrigens durch diese Auffassung auf die Bezeichnung des Pfandrechts als obligatio rei fällt, ergibt sich von selbst.

weit schlimmere Lage gekommen als z. B. ein bloser Mieter. Denn dieser könnte in einem Falle, wie wir ihn oben angenommen, doch wenigstens aus seinem Mietvertrage klagen; für den Nießbraucher aber fände sich nirgends ein Schuz. Eine persönliche Klage gegen den Eigentümer hätte er nicht; denn in Vertragsverhältnissen steht er nicht mit ihm [111]), und auch eine unerlaubte Handlung ist doch darin, daß derselbe sein ganzes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen verpfändet hat, nicht zu erblicken. Es könnte daher höchstens noch von der confessoria oder von einer condictio die Rede sein. Allein die erste könnte er nicht gebrauchen, weil hier nirgends eine Verlezung oder auch nur eine Nichtanerkennung seines Rechts vorläge. Die beklagten Pfandgläubiger könnten mit vollem Grunde sagen: „Wenn es mit deinem Rechte nicht in Widerspruch steht, daß an den Früchten vor der Besizergreifung durch dich der Grundeigentümer das Eigentum hat: so kann auch das, was mit Rechtsnotwendigkeit daraus folgt, mit deinem Rechte nicht in Widerspruch stehen." Der lezte Notanker wäre demnach nur noch eine magere, auf den Grundsaz: Niemand dürfe sich mit dem Schaden eines Andern bereichern, gestüzte condictio. Allein abgesehen davon, ob wirklich in solchem Umfang eine condictio zulässig ist, würde gerade in Fällen der Not uns auch diese lezte Hülfe im Stich lassen [112]). Denn wenn wirklich das Vermögen des Schuldners so knapp wäre, daß sich die Gläubiger zu ihrer vollen oder vielleicht sogar nur annähernden Befriedigung genötigt sähen, sich auch an die fraglichen Früchte zu halten: so felte es gleich an dem ersten Erforderniß für jene condictio, an einer Bereicherung. Der Schuldner und Eigentümer wäre nicht bereichert, denn er ist so wie so ein Bettler. Die Gläubiger aber sind ebenfalls nicht bereichert; denn sie haben im besten Falle nur, was sie zu fordern hatten, also höchstens keinen Verlust.

Aus dieser ganzen Verlegenheit hilft uns die einfache

---

111) Die cautio usufructuaria kann man natürlich nicht hierherziehen; denn diese begründet ja nur eine Verbindlichkeit des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer, nicht aber umgekehrt.

112) In Fällen, in denen wegen Ausreichen des übrigen Vermögens die Inanspruchnahme der Früchte durch die Gläubiger nicht unbedingt nötig wäre, könnte der Nießbraucher dieselben durch ein kleines Opfer bestimmen, sich an dies übrige Vermögen zu halten.

Anschauung des römischen Rechts, wonach die Sache selbst als rechtlich gebunden betrachtet wird. Daraus folgt für unsern Fall, daß mit der Besizergreifung der Früchte durch den Nießbraucher das Pfandrecht ohne weiteres sich auflöst, wie wir dies denn auch für einen andern Fall dieser Art ausdrücklich ausgesprochen finden. Vgl. L. 13 §. 1 D. de pignor. 20, 1. So zeigt sich, daß auch in praktischer Hinsicht diese Anschauung des römischen Rechts nicht den Tadel verdient, den man bei oberflächlicher Betrachtung geneigt sein könnte, auf sie zu werfen [113]).

Fassen wir nunmehr die vorstehenden Erörterungen zusammen, so finden wir folgendes Ergebniß:

51. **C. Ergebniß.**

Bei der Vorwirkung sowol als bei der Rückziehung fallen beim Eintritt des entscheidenden Umstandes regelmäßig alle Verfügungen des Zwischeneigentümers von selbst und ohne weiteres zusammen. Allein diese Wirkung beruht bei beiden auf ganz verschiedenen Gründen. Bei der Rückziehung erlöschen jene Verfügungen darum, weil sich nun nachträglich zeigt, daß der Verfügende gar nicht Eigentümer war, bei der Vorwirkung dagegen deshalb, weil das Zwischeneigentum selbst eine innere Schranke in sich trug, die sich auf alle daraus abgeleiteten Rechte übertragen musste.

Daraus ergibt sich aber weiter, daß überhaupt jene Wirkung bei beiden Verhältnissen nur für die äußere Betrachtung eine gleiche, an sich aber und vom Standpunkte des Rechts eine sehr wesentlich verschiedene ist. Bei der Rückziehung nämlich erscheinen die Verfügungen des Zwischeneigentümers, der sich nun nachträglich als Nichteigentümer herausstellt, als *von Anfang an ungültig und nichtig*. Bei der Vorwirkung dagegen sind sie, weil in jedem Fall vom Eigentümer ausgegangen, vollkommen rechtsbeständig und gültig; nur müssen beim Eintritt des

---

113) Ueberhaupt müssen wir, wie die Naturwissenschaft längst aufgehört hat, den Stoff als etwas Todtes, Unselbstständiges zu betrachten, vielmehr in ihm den Siz mannigfaltiger, lebendig wirkender Kräfte erkennt: so müssen wir auch in der Rechtswissenschaft und namentlich im römischen Recht den Gedanken aufgeben, als seien die Sachen etwas blos Leidendes, rechtlich Todtes. Es sind vielmehr auch hier die Sachen sehr vielfach mit Kräften und Eigenschaften begabt, welche sich dem subjectiven Personenwillen entziehen, und wodurch jene daher diesem als etwas Selbstständiges entgegentreten. Man denke nur an die res extra commercium und die res publicae!

entscheidenden Umstandes die dadurch begründeten Rechte mit dem Eigentum, aus dem sie sich ableiten, und mit dem sie daher gleicher zeitlicher Beschränkung unterliegen, aufhören und endigen.

52. D. Bestätigung durch die Quellen. So ist denn auch die Anschauungs- und Redeweise unserer Quellen. Man sehe z. B. bezüglich der Rückwirkung: L. 15 D. de reb. dub. 34, 5:

Marcianus (lib. II Regul.). — Quaedam sunt, in quibus res dubia est, sed ex postfacto retroducitur et apparet, quid actum est. Ut ecce si res legata fuerit et deliberante legatario eam rem heres alii tradiderit; nam si quidem voluerit legatarius habere legatum, traditio nulla est, si vero repudiaverit, valet. Tantundem est, et si pecuniam hereditariam legatam crediderit heres; nam si quidem non repudiaverit legatarius, alienam pecuniam credidit, si vero repudiaverit, suam pecuniam credidisse videtur.

L. 44 pr. §. 1 D. de legat. I (30)[114]):

Ulpian. (lib. XXII ad Sab.). — Servum filii sui, castrensis peculii, legare pater potest, et si vivo patre mortuus sit filius, et apud patrem peculium remansit, consistit legatum; quum enim filius iure suo non utitur, retro creditur pater dominium in servo peculiari habuisse. §. 1. Si quis rem sibi legatam ignorans adhuc legaverit, postea cognoverit et voluerit ad se pertinere, legatum valebit, quia ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur, ex quo hereditas adita est; si vero repudiaverit, retro videtur res repudiata fuisse heredis.

Ferner L. 8 D. de R. C. 12, 1; L. 9 D. de cast. pec. 49, 17; L. 98 §. 3 D. de solut. 46, 3 u. a.

Dagegen aber lese man über das Verhältniß bei der Vorwirkung Stellen wie: L. 82 pr. D. de legat. I (30):

Julian. (lib. XXXIII Dig.). — Non quocunque modo si le-

---

114) Zum Verständniß dieser Stelle erinnere man sich nur, daß zur Gültigkeit eines legatum per vindicationem — und mit einem solchen haben wir es hier zu thun — die Sache sowol zur Zeit der Testamentserrichtung, als zur Zeit des Todes des Testators in dessen quiritarischem Eigentum gestanden haben muß. Ulp. XXIV. 7, Gai. II, 196.

gatarii res facta fuerit die cedente[115]), obligatio legati extinguitur, sed ita, si eo modo fuerit eius, quo avelli non possit. Ponamus, rem, quae mihi pure legata sit, accipere me per traditionem die legati cedente ab eo herede, a quo eadem sub conditione alii legata fuerit; nempe agam ex testamento, quia is status est eius, ut existente conditione discessurum sit a me dominium; nam et si ex stipulatione mihi Stichus debeatur, et is, quum sub conditione alii legatus esset, factus fuerit meus, ex causa lucrativa: nihilominus existente conditione ex stipulatu agere potero[116]).

---

115) Hierher und nicht, wie in der Kriegel'schen Ausgabe des corpus iuris, vor „die cedente" ist offenbar das Unterscheidungszeichen zu sezen.

116) Diese auf den ersten Anblick dunkele Stelle ist so zu erklären: Es ist eine Sache per damnationem legirt (dies ergibt sich aus dem Anfang der Stelle, aus den Worten „agam ex testamento" und aus dem Vergleich mit der stipulatio), die einem Andern unter einer Bedingung per vindicationem legirt ist. Wenn nun der belastete Erbe, so lange die Bedingung des zweiten Legats schwebt, dem ersten Legatar die Sache tradirt, so ist er damit nicht in jedem Fall seiner Verbindlichkeit entledigt. Denn diese geht dahin, dem Legatar volles, unbeschränktes Eigentum an der legirten Sache zu geben (Non quocunque modo — avelli non possit). In unserm Falle aber hat er nur ein Eigentum gegeben, welches eine innere Schranke in sich trägt, nämlich beim Eintritt der Bedingung des zweiten Legats sich aufzulösen bezw. an den zweiten Legatar überzugehen. Folglich hat der Erbe seine Verbindlichkeit nicht erfüllt (vgl. L. 139 §. 1 D. de R. J. 50, 17; L. 38 §. 3 D. de solut. 46, 3), der Legatar kann also troz der Ueberlieferung der Sache die actio ex testamento anstellen (Ponamus - discessurum sit a me dominium). Es ist derselbe Fall, färt Julian fort, wie wenn mir ein einem Andern bedingt per vind. legirter Sklave ex stipulatu und ex lucrativa causa geschuldet wird (das ex lucrativa causa bezieht sich sowol auf das debeatur, als auf das factus fuerit meus, daher sind die Zeichen so, wie es oben geschehen ist, zu sezen). Denn auch in diesem Fall kann ich, falls mir während des Schwebens der Bedingung der Sklave tradirt worden wäre, trozdem beim Eintritt der Bedingung noch immer ex stipulatu klagen (auch schon vorher: L. 38 §. 3 cit.) (nam et si — agere potero). — (Warum sezt Julianus in dem von ihm gewälten Beispiel bei: „ex causa lucrativa"? Man könnte geneigt sein, dies für überflüssig zu halten; denn würde, wenn die Stipulation ex causa onerosa abgeschlossen wäre, nicht dasselbe eintreten? Ohne Zweifel (L. 38 §. 3 cit.), aber Julianus hatte zu jenem Beisaz guten Grund.

L. 81 pr. eod.:

Julian. (lib. XXXII Dig.). — Si fundum sub conditione legatum heres pendente conditione sub alia conditione alii legasset, et post existentem conditionem, quae priore testamento proposita fuisset, tunc ea conditio, sub qua heres legaverat, extitisset, dominium a priore legatario non discedit[117]. (Vgl. L. 105 D. de condit. 35, 1).

L. 11 §. 1 D. quemadm. servitutt. amittuntur 8, 6:

Marcell. (lib. IV Dig.). — Heres, quum legatus esset fundus sub conditione, imposuit ei servitutes; extinguentur, si legati conditio existat.

Vbd. L. 105 fin. D. de condit. 35, 1:

Pompon. (lib. V Epistol.) verb.: — sed et imposita servitus finietur existente conditione.

L. 13 §. 1 D. de pignor. 20, 1:

Marcian. (lib. sing. ad formul. hypothec.). — Statuliber quoque dari hypothecae potest, licet conditione existente evanescat pignus.

L. 66 D. de R. V. 6, 1 verb.: abire a nobis dominium speratur. (S. ob. Anm. 110 a. E.).

Vgl. auch noch L. 12 §. 2 D. fam. erc. 10, 2. (S. oben Ziff. 49 u. d. a.

53. E. Ausnahme in zwei Fällen. Betreff. Gesetze. Schwierigkeit scheinen hier nur einige Stellen zu machen, worin gesagt wird, daß der Erbe das bedingt (per vindicationem) legirte Grundstück während des Schwebens der Bedingung

---

Einmal, weil auch beim Damnationslegat, der Legatar ex lucrativa causa berechtigt ist, dann aber auch, um seinen Saz, daß durch eine derartige Uebertragung der Sache die Verbindlichkeit nicht erlösche, in ein helleres Licht zu sezen. Bei einer stipulatio ex causa onerosa hätte man leicht die fortdauernde Verhaftung des Schuldners als Ausfluß anderer Grundsäze, z. B. der Verbindlichkeit zur Evictionsleistung oder der condictio causa data causa non secuta betrachten können.)

117) Das Legat von Seite des Erben kann hier deshalb nicht wirksam werden, weil zur Zeit, da diese Wirksamkeit eintreten sollte, die Sache nicht mehr im Eigentum desselben ist. Die Stelle ist aber darum für uns sehr beweisend, weil sie uns zeigt, wie die Wirkung sein würde, wenn das Legat Wirksamkeit hätte. Dann würde nämlich diese Wirkung die sein, daß das Eigentum vom ersten Legatar abginge (discedit).

nicht zum locus religiosus und den bedingt legirten Sklaven durch Freilassung nicht zum Freien machen könne. Dies scheint damit, daß der Erbe bis zur Erfüllung der Bedingung in jedem Fall Eigentümer ist, doch nur wenig zusammenzustimmen. Es sind daher diese Quellenaussprüche nun näher zu erörtern. Sie finden sich in L. 34 D. de religios. 11, 7:

Paul. (lib. LXIV ad Edict.). — Si locus sub conditione legatus sit, interim heres inferendo mortuum non facit locum religiosum.

Vgl. L. 105 D. de condit. 35, 1 (Pompon.).

L. 11 D. de manum. 40, 1:

Paul. (lib. LXIV ad Ed.) — Servum, qui sub conditione legatus est, interim heres manumittendo liberum non facit.

L. 29 §. 1 D. qui et a quib. man. 40, 9:

Gaius (lib. I de manumiss.) — Sub conditione servus legatus pendente conditione pleno iure heredis est, sed nullam libertatem ab eo consequi potest, ne legatario iniuria fieret.

Regelmäßig werden nur diese Stellen angeführt. Allein es ist durchaus nötig, noch zwei andere herbeizuziehen, weil sie für unsere Frage sehr wesentlich sind. Nämlich L. 3 eod.:

Gaius (lib. II de legat. ad Ed. urbicum). — Si optio hominis data sit, vel indistincte homo legatus sit, non potest heres quosdam servos vel omnes manumittendo aut evertere, aut minuere ius electionis; nam optione sive electione servi data quodammodo singuli sub conditione legati videntur.

und die damit zu verbindende L. 14 D. de opt. leg. 33, 5:

Javolen. (lib. II ex Cassio). — Si, quum optio servi ex universa familia legata esset, heres aliquem, priusquam optaretur, manumisit, ad libertatem eum interim non perducit, servum tamen, quem ita manumiserit, amittit, quia is aut electus legato cedit, aut relictus tunc liber ostenditur [118]).

---

118) Man halte hier nur fest, daß nach der Anschauung des römischen Rechts bei der optio oder electio legata jeder der mehreren Gegenstände unter der Bedingung legirt ist: „wenn die Wal auf ihn fallen sollte.“ Wir sehen dies schon aus L. 3 cit., ferner aus §. 23 J. de legat. 2, 20, endlich und besonders aber aus einer Reihe von Anwendungen, auf die wir zum Teil noch zurückkommen werden.

54. Natur des locus religiosus. Ehe ich mich nun zur Besprechung dieser Bestimmungen wende, muß ich vorerst einige Worte über den locus religiosus vorausschicken. Bei der Kürze, mit der dieser Gegenstand gewönlich in unsern Lehrbüchern behandelt ist, könnte man leicht zu dem Glauben verleitet werden, locus religiosus sei überhaupt jeder Ort, wo ein menschlicher Leichnam bestattet sei. Das wäre aber durchaus irrig. Locus religiosus ist ein den Manen eines Verstorbenen geweihter Ort. Gai. II, 4. Dazu wird erfordert ein berechtigter Wille, einem Todten an diesem Ort seine bleibende Ruhestätte anzuweisen (L. 40 D. de religios. 11, 7 vbd. L. 30. §. 1. D. de acq. poss. 41, 2) und Ausführung dieses Willens durch die wirkliche Bestattung. Gai. II, 6; §. 9 J. de rer. div. 2, 1; L. 6 §. 4 D. de div. rer. 1, 8. Ein auf bleibende Beisezung gerichteter Wille muß vorhanden sein: deshalb macht z. B. die blos einstweilige Bestattung den Ort noch nicht zum religiosus. L. 40 D. cit. Der Wille muß aber auch ein berechtigter sein, d. h. seine Ausführung darf keine fremden Rechte verlezen. Vor Allem ist daher auf Seite des Bestattenden Eigentum (oder wenigstens Zustimmung des Eigentümers) erforderlich. Gai. II, 6 vgl. 7; §. 9 J. cit., L. 6 §. 4 cit. Aber auch das Eigentum reicht nicht immer hin, wie die folgenden Erörterungen noch deutlicher zeigen werden.

55. Grund jener Ausnahmen. Wir wenden uns nämlich nach dieser Vorbemerkung zu unserer eigentlichen Frage: Warum kann der Erbe, so lange die Bedingung schwebt, das bedingt legirte Grundstück nicht zum locus religiosus, den bedingt legirten Sklaven nicht zum Freien machen?

Streng genommen und nach der Art, wie sonstige Verfügungen behandelt werden, müßte man sagen: Der Erbe ist, so lange die Bedingung schwebt, in jedem Fall Eigentümer. Die Verfügung ist demnach an sich gültig; der Sklave ist folglich frei, das Grundstück zum locus religiosus geworden. Allein die Verfügungen des Erben können keine größere Tragweite haben als sein Eigentum, aus dem sie fließen, selbst. Tritt sonach die Bedingung ein, so muß nun die Wirksamkeit jener Verfügungen aufhören, und daher wird von jezt an der Freigelassene wieder zum Sklaven (des Legatars), der locus religiosus wieder zum locus profanus. Allein die Anwendung dieser Grundsäze hätte offenbar in beiden Fällen etwas für das menschliche und sittliche Gefühl tief Verlezendes gehabt. Daß ein Mensch, der bisher

nach allen Grundsäzen des Rechts frei und sogar römischer Bürger gewesen war, nun plözlich durch den Eintritt eines ungewissen Umstands, der so wie so fallen konnte, also durch ein reines Spiel des Zufalls Sklave, und Sklave eines Andern werden sollte, dem er bisher ganz gleichberechtigt gegenübergestanden: das mußte dem römischen Freiheitsgefühl, der römischen Frömmigkeit aber mußte es widerstreben, daß ebenfalls durch reinen Zufall eine den Göttern (Diis Manibus) geweihte Sache wieder in menschliches Recht fallen und so die Götter den Menschen weichen sollten. Das konnte, das durfte nicht Rechtens sein. Wer einmal frei war, mußte frei, was einmal den Göttern gehörte, den Göttern bleiben [119]. Darin lag dann aber wieder eine große Beeinträchtigung des Legatars. Um diese zu vermeiden („ne legatario iniuria fieret" sagt Gaius in L. 29 §. 1 cit.), zugleich aber auch gegen jene höheren Grundsäze nicht zu verstoßen, schlug man den Ausweg ein, daß man den Sklaven einstweilen nicht frei, das Grundstück nicht locus religiosus werden ließ [120]. Dazu gesellte sich dann auch noch ein mehr juristischer Grund. Wir haben nämlich gesehen, daß sich bei dem bedingten Vindicationslegat die Sache selbst in einem Zustand rechtlicher Gebundenheit befindet, welcher dem Zustande einer Sache, die in fremdem dinglichen Rechte steht, sehr ähnlich ist. Ein solcher Zustand der Gebundenheit ist eben so wenig als dingliche Rechte an einem freien Menschen oder an einer überhaupt dem Verkehr und dem Eigentum ganz entzogenen Sache möglich. Da aber auf der andern Seite jene Gebundenheit der Sache ganz außer dem Willen des Erben steht, für diesen ganz unantastbar und unzugänglich ist: so kommen wir mit Notwendigkeit zu derselben Entscheidung wie bei dem Sklaven oder dem Grundstück,

119) Auf gleichen Gründen beruht der Saz, daß die Freiheit nicht bis zu einer bestimmten Zeit gegeben werden kann. L. 33, 34 D. de manum. test. 40, 4.

120) Ein ganz ähnliches Verfaren zeigt L. 15 D. de manumiss. 40, 1, eine Stelle, auf die wir in anderer Beziehung noch zurückkommen werden. — Uebrigens findet sich die obige Erklärung dem Wesen nach schon in der Glosse ad L. 29 §. 1 D. qui et a quib. 40, 9 und bei Cujacius ad L. 11 §. 1 D. quemadm. servitutt. amitt. 8, 6 (Opp. ed. Neap. t. VII p. 468). Vgl. auch Brusselius de conditionn. lib. II, tit. 1 Nr. 80 und tit. 3 Nro. 38; Seuffert: Veräußerungsverbot S. 5 u. Anm. 11.

an dem ein Anderer dingliche Rechte hat, d. h. der Sklave kann einstweilen nicht frei, das Grundstück nicht locus religiosus werden. Ulp. I, 19:

Servus, in quo alterius est ususfructus, alterius proprietas, a proprietatis domino manumissus liber non fit, sed servus sine domino est.

Vgl. fr. Dosith. §. 11 (13); L. 9 §. 20 D. de her. inst. 28, 5; L. 1 pr. C. comm. de manum. 7, 15. Bezüglich des locus religiosus: §. 9 J. de rer. div. 2, 1:

Item si alienus ususfructus est, proprietarium placet, nisi consentiente usufructuario, locum religiosum non facere.

Vgl. L. 2 §. 7, L. 43 D. de religios. 11, 7; L. 2 §. 8 D. eod. [121]).

56. Gleichheit der Wirkung von RZ u. BW. in diesen beiden Fällen.

Aber, so wird man nun fragen, wurde der Sklave überhaupt nicht frei, der Ort nicht religiosus? Die Basiliken (XLVIII, 1, 11 und 7, 29; vgl. die Scholien dazu) scheinen dies festzu-

121) Die einzelnen Ausnahmen, welche man von diesen Grundsätzen beim locus religiosus aus öffentlichen („ne insepulta cadavera iacerent" L. 43 eod. 11, 7) und Frömmigkeits-Rücksichten machte, z. B. L. 2 §. 7, 9, L. 4 eod., sind natürlich hier nicht näher zu besprechen. — Zwischen dem Pfandrechte und dem Verhältnisse beim bedingten Vindicationslegat finden wir auch hier wieder eine merkwürdige Gleichheit. Wir begegnen sogar derselben Ausdrucksweise: vgl. L. 4, 27 §. 1 D. qui et a quib. 40, 9; bes. L. 26 eod.: Scaevola (lib. IV Respons.). — Pignori obligatum servum debitoris heres manumisit; quaesitum est, an liber esset. Respondit, secundum ea, quae proponerentur, si pecunia etiam nunc deberetur, non esse manumissione liberum factum. Paulus: soluta ergo pecunia ex illa voluntate liber fit. S. auch L. 5 C. de servo pign. dat. man. 7, 8. Ueberdies sind beide Verhältnisse: Pfandrecht und bedingtes Legat in L. 29 D. qui et a quib. 40, 9 neben einander und mit denselben Worten abgehandelt. Man könnte hier nur vielleicht den Einwand machen, beim Pfandrecht erkläre sich die Erscheinung nicht aus der Gebundenheit der Sache, sondern aus der Lex Aelia Sentia; die Freilassung sei als in fraudem creditoris geschehen unwirksam. In der That ist auch in L. 5 C. cit. darauf Bezug genommen. Allein denken wir uns die Voraussetzungen der Lex Aelia Sentia weg, nehmen wir also z. B. an, der Erbe des Schuldners, der gar nichts vom Pfandrecht wusste, habe den Sklaven freigelassen, wird dann etwas Anderes eintreten? Gewiß nicht. Dies scheint denn auch der Fall zu sein, den Scävola in L. 26 cit. und zwar ganz in derselben Weise entscheidet.

sezen, aber für das Justinianische Recht ist es entschieden falsch. Wenn die Bedingung des Legats nicht eintritt, so erlangt der Sklave unzweifelhaft die Freiheit. (Ich spreche der Einfachheit wegen nur noch von diesem Fall. Was hievon gilt, gilt auch natürlich von dem andern.) In L. 14 D. de opt. leg. 33, 5 ist dies mit dürren Worten ausgesprochen. Vgl. L. 26 D. qui et a quib. 40, 9 (S. Anm. 121). Die Frage kann nur noch die sein, ob hiebei eine Rückziehung eintritt oder nicht, ob also jezt der Sklave vom Augenblick der Freilassung an oder erst vom Augenblick, da sich das Nichteintreten der Bedingung entschieden hat, als frei zu betrachten ist. Diese Frage scheint mir nicht bei allen Fällen der Vorwirkung einer gleichmäßigen Beantwortung fähig. Es wird darauf ankommen, ob beim Eintritt eines spätern Umstands der Zustand der Gebundenheit blos endigt oder ob er vielmehr nun rückwärts als gar nie vorhanden erscheint. Das lezte scheint mir beim bedingten Legat einzutreten. Geht nämlich die Bedingung nicht in Erfüllung, so ist gar nicht legirt gewesen, folglich war auch die Sache niemals ergriffen und gebunden. Damit zeigt sich aber zugleich rückwärts, daß der Freiheit des Sklaven von Anfang an kein Hinderniß im Wege stand, und somit ist derselbe unmittelbar durch die Freilassung und von derselben an ein Freier gewesen[122]). Darauf scheint auch L. 14 D. de opt. leg. 33, 5 (S. ob. Ziff. 53) sehr deutlich hinzuweisen (verb.: „aut relictus tunc liber ostenditur"), und so ist auch die Meinung von Cujaz[123]).

In den beiden so eben besprochenen Fällen geht demnach wegen der besondern hier eingreifenden Grundsäze das Verhält-

---

122) Ich habe schon früher (Anm. 50) gesagt, daß ich durchaus nicht die Rückziehung der Bedingung bei bedingten Vermächtnissen leugne; ich suche sie nur auf einer andern Stelle, als gewönlich geschieht. Doch ist dafür hier nicht der Ort. — Beim Pfandrecht scheint mir das erste Verhältniß stattzufinden, d. h. wenn der Gläubiger bezalt wird, so endigt jezt erst die Gebundenheit der Sache, und darum kann der Sklave jezt erst und von jezt an zur Freiheit gelangen. Vgl. L. 26 D. qui et a quib. 40, 9: liber fit (S. Anm. 121); L. 5 C. de servo pign. dat. man. 7, 8 (Alexander): Si creditoribus satisfactum fuerit, ancillae, quae pignori obligatae a debitore manumissae erant, liberae fiunt.

123) Cujacius ad L. 14 cit. (Opp. ed. Neap. t. VII p. 1441). — Die Glosse hat darüber gar nichts.

niß bei dem bedingten Vindicationslegat mit dem bei der Rückziehung eintretenden vollkommen Hand in Hand. Bei der Rückziehung nämlich würde auch hier ganz einfach der Ausfall des spätern Umstandes bestimmen, ob der Zwischeneigentümer wirklich Eigentümer war oder nicht. Danach würde sich dann wieder die Gültigkeit und Wirksamkeit der Freilassung rückwärts entscheiden. L. 3 D. de manum. vind. 40, 2. Hinsichtlich des locus religiosus müsste natürlich ganz dasselbe gelten, obwol mir hierüber keine Stelle bekannt ist.

57. F. Dem Erwerber vorteilhafte Verfügungen.

Wir haben nun Fälle kennen gelernt, in denen Vorwirkung und Rückziehung nur scheinbar, andere, in denen sie wirklich zusammengehen. Es bleiben uns noch Fälle zu betrachten, in welchen die Wirkungen beider Verhältnisse auch äußerlich durchaus verschieden sind. Es fallen nämlich, wie schon früher angedeutet, bei der Vorwirkung gar nicht einmal alle Verfügungen des Zwischeneigentümers zusammen, sondern nur diejenigen, welche das Recht des Erwerbers (S. Anm. 96) beeinträchtigen würden. Bei der Rückziehung freilich muß sich die Nichtigkeit der Verfügungen des Zwischeneigentümers auch auf die dem Erwerber vorteilhaften Verfügungen erstrecken, sofern zu denselben, wie z. B. zur Erwerbung von Dienstbarkeiten für ein Grundstück, notwendig Eigentum erfordert wird. (Den möglichen Einfluß eines gutgläubigen Besitzes lasse ich hier aus dem Spiel.) Denn durch den spätern Umstand hat sich ja eben gezeigt, daß der Verfügende gar kein Eigentum hatte. Bei der Vorwirkung dagegen ist der Zwischeneigentümer in jedem Fall Eigentümer gewesen. Was er gethan hat, hat er daher als Eigentümer gethan. Seine Verfügungen sind vollkommen gültig; nur können sie natürlich nicht weiter reichen, als sein Eigentum selbst reicht, die durch sie erteilten Rechte müssen daher mit diesem Eigentum aufhören. Soweit jedoch die Verfügungen des Zwischeneigentümers nicht mit der innern Schranke seines Eigentums in Widerspruch geraten, soweit durch das Fortdauern ihrer Wirksamkeit dem Rechte des Erwerbers kein Abbruch geschieht, ist gar kein Grund vorhanden, das Aufhören dieser Wirksamkeit eintreten zu lassen. Denn sie sind ja, wie gesagt, in jedem Falle vom wahren und wirklichen Eigentümer ausgegangen. Hat sich also z. B. der Zwischeneigentümer für das Grundstück eine Dienstbarkeit bestellen lassen, so ist diese Bestellung in jedem Fall vollkommen gültig und wirksam. Aber mit dieser wirksamen Bestellung ist nun

auch die Dienstbarkeit sofort Accession, untrennbare rechtliche Eigenschaft der Sache geworden, die nur wieder nach den allgemeinen Grundsäzen der Endigung solcher Rechte, oder aus einem in ihr selbst liegenden Grunde verschwinden kann. Zu jenen allgemeinen Grundsäzen der Endigung gehört nun aber der Uebergang der Sache in das Eigentum eines Andern auf keine Weise, und da wir zugleich voraussezen, die Dienstbarkeit sei von Jemanden bestellt worden, der der Dauer nach unbeschränktes Eigentum an dem dienenden Grundstück hatte: so muß auch nach dem Eintritt des entscheidenden Umstandes, also nach dem Uebergang des Eigentums an den Erwerber jene Dienstbarkeit fortdauern. Dies ist denn auch mit aller Bestimmtheit in L. 11 §. 1 D. quemadm. servit. am. 8, 6 ausgesprochen:

> Marcellus (lib. IV Dig.) — Heres, quum legatus esset fundus sub conditione, imposuit ei servitutes; extinguentur, si legati conditio existat. Videamus, an acquisitae sequantur legatarium? Et magis dicendum est, ut sequantur.

Auch hier können wir wieder die vollkommene Aehnlichkeit des Zustandes rechtlicher Gebundenheit einer Sache bei der Vorwirkung und des Zustandes der Sache, auf welcher dingliche Rechte haften, verfolgen. Denn der Eigentümer einer solchen Sache kann ebenfalls zwar alle Verfügungen gültig und wirksam treffen, welche dem dinglichen Rechte keinen Eintrag thun, nicht aber solche, durch welche dies beeinträchtigt werden würde. L. 15 §. 7, L. 16 D. de usufr. 7, 1. Besonders L. 15 §. 7 init.:

> Ulpian. (lib. XVIII ad Sab.) — Sed nec servitutes imponere fundo potest proprietarius, nec amittere servitutem. Acquirere plane servitutem eum posse etiam invito fructuario, Julianus scripsit.

58. II. Verfügungen des Erwerbers.

Wir haben bisher immer nur Verfügungen des Zwischeneigentümers im Auge gehabt. Fragen wir nun auch noch kurz, wie es sich mit Verfügungen des Erwerbers in der Zwischenzeit verhalten würde?

Bei der Rückziehung ist wieder Alles ganz einfach. Der Eintritt des entscheidenden Umstandes zeigt rückwärts, daß der Erwerber Eigentümer war. Es erscheinen daher nachträglich auch seine Verfügungen als gültig. Vgl. L. 15 D. de reb. dub. 34, 5; L. 8 D. de R. C. 12, 1; L. 44 pr. D. de legat. I (30) u. v. a.

Das Verhältniß ist also immer das gerade umgekehrte wie bei Verfügungen des Zwischeneigentümers.

Verwickelter ist die Sache bei der Vorwirkung. So viel ist allerdings gewiß, daß der Erwerber in der Zwischenzeit auf keinen Fall Verfügungen treffen kann, welche Eigentum erfordern. Daher kann er z. B. für das Grundstück keine Dienstbarkeit erwerben, und namentlich durch Veräußerung kein Eigentum übertragen. Vgl. L. 11 §. 9 D. de donat. int. vir. et uxor. 24, 1:

Ulpian. (lib. XXXII ad Sab.) — Si uxor rem, quam a marito suo mortis causa acceperat, vivo eo alii tradiderit, nihil agitur ea traditione, quia non ante ultimum vitae tempus mulieris fuit. Plane in quibus casibus placeat, retro agi donationem, etiam sequens traditio a muliere facta in pendenti habebitur.

Allein ist nicht vielleicht doch schon auch in der Zwischenzeit eine Verfügung denkbar in der Weise, daß der Erwerber wenigstens seine Hoffnung auf künftige Erlangung des Eigentums einem Andern übertragen kann? Diese Frage hängt mit einer Unterscheidung zusammen, welche erst weiter unten genauer besprochen werden kann. (S. Ziff. 70). Dort werden wir daher auf die Frage kurz zurückkommen (S. Anm. 148).

Wir wenden uns nunmehr zu der Betrachtung einiger anderen Anwendungen der Vorwirkung und Rückziehung beim Eigentum.

β) Sonstige Wirkungen.

59. 1) Legatum p. vind.: Entscheidung nach allgemeinen Grundsätzen.

1) Die nächste Verschiedenheit der Vorwirkung und Rückziehung, die mit der vorigen eng zusammenhängt und eigentlich nur eine Unterart derselben bildet, betrifft das legatum per vindicationem. Bei diesem wird, wie schon oben gelegentlich berührt, in zwei Zeitpunkten quiritarisches Eigentum des Testators an der legirten Sache erfordert: zur Zeit der Testamentserrichtung, sonst ist das Legat nicht gültig, zur Zeit des Todes, sonst ist es nicht wirksam. Ulp. XXIV, 7; Gai. II, 196. — Wie verhält es sich nun, wenn in einem Fall der Vorwirkung oder Rückziehung vor Eintritt des entscheidenden Umstandes der Zwischeneigentümer oder der Erwerber die Sache per vindicationem legirt hätte? Ist unsere Darstellung des Wesens der Rückziehung und Vorwirkung richtig, so muß Folgendes gelten:

Bei der Rückziehung ist es vorläufig zweifelhaft, ob das Legat gültig ist oder nicht; die Entscheidung hängt, wie die Entscheidung über die Eigentumsfrage selbst von dem Ausfall des spätern Umstands ab. Und zwar müsste dies gelten, ganz einerlei, ob der Zwischeneigentümer oder der Erwerber legirt hätte.

Anders bei der Vorwirkung. Hätte hier der Erwerber legirt, so wäre das Legat von Anfang an ungültig und könnte höchstens durch das SC. Neronianum (Gai. II, 197) aufrecht erhalten werden. Denn vor Eintritt des entscheidenden Umstandes hätte ja der Testator in keinem Fall Eigentum gehabt. Hätte dagegen der Zwischeneigentümer legirt, so wäre — aus dem umgekehrten Grunde — das Legat an sich als gültig zu betrachten. Ob es aber wirksam würde, das hinge vom Ausfall des spätern Umstandes ab. (Ich seze der Einfachheit wegen, daß der Testator erst nach dessen Entscheidung gestorben ist). Wäre dieser ihm günstig, so müsste man dem Legat nun auch volle Wirksamkeit zuerkennen, im andern Fall wäre es unwirksam.

So würden wir nach den oben gefundenen Grundsäzen entscheiden; dies ist aber in der That auch die Entscheidung unserer Quellen. Man lese nur für das Verhältniß bei der Rückziehung L. 44 §. 1 D. de leg. I (30): **60.** Bestätigung durch die Quellen.

Ulpian. (lib. XXII ad Sab.) — Si quis rem sibi legatam ignorans adhuc legaverit, postea cognoverit, et voluerit ad se pertinere, legatum valebit, quia, ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur, ex quo hereditas adita est; si vero repudiaverit, retro videtur res repudiata fuisse heredis.

Vgl. auch princ. h. l., L. 9 D. de cast. pec. 49, 17 (Ulp.); L. 81 §. 6 D. de legat. I (30) (Julian.).

Für das Verhältniß bei der Vorwirkung dagegen: L. 105 D. de condition. 35, 1:

Pompon. (lib. V Epist.) — Si fundum a testatore sub conditione legatum heres alii pendente conditione legavit, post existentem conditionem, quae priori testamento praeposita fuerat, neque proprietas a priore legatario recedit, nec etc.

Hier ist kein Wort von anfänglicher Ungültigkeit gesagt, sondern nur dem Legate die Wirksamkeit aberkannt. Ganz deutlich aber spricht sich L. 16 D. quib. mod. ususfr. 7, 4 aus, die freilich den Fall behandelt, da der Zwischeneigentümer schon vor

der Entscheidung der Bedingung gestorben war, aber gerade deshalb nur um so beweisender ist.

Ulpian. (lib. V Disput.). — Si sub conditione mihi legatus sit ususfructus, medioque tempore sit penes heredem, potest heres usumfructum alii legare; quae res facit, ut, si conditio extiterit mei legati, ususfructus ab herede relictus finiatur[124]).

Für den umgekehrten Fall, wenn der Erwerber in der Zwischenzeit legirt hätte, ist mir keine Stelle bekannt. Allein es ist kein Zweifel und lässt sich schon a contrario aus den angeführten Stellen schließen, daß auch in diesem Fall unsere Entscheidung zutrifft.

61. 2) Condict. furt. u. act. L. Aquil.

2) Wenn in der Zwischenzeit die Sache gestolen oder rechtswidrig beschädigt wird: wie ist es dann mit der condictio furtiva oder der actio legis Aquiliae zu halten? Bei der Rückziehung wird sich auch hier Alles nach dem spätern Umstand entscheiden, bei der Vorwirkung aber müssen wir die Klagen entschieden blos dem Zwischeneigentümer zusprechen. Für die Rückwirkung: L. 13 §. 3 (in der troz der Basiliken mit Hal. und Vulg. gewiß das „non" zu streichen ist[125]), L. 17 §. 1, L. 34—36 pr. D. ad L. Aquil. 9, 2; L. 12 § 5 fin. D. de usufr. 7, 1 (S. oben Ziff. 20) vgl. L. 14 pr. D. de cond. furt. 13, 1. — Für die Vorwirkung: L. 12 §. 5 cit.

62. 3) Confusion dinglicher Rechte. a) Rückziehung.

3) Es erwirbt Jemand Eigentum an einer Sache, an der ihm bereits ein dingliches Recht zusteht. Später wird ihm das Eigentum durch einen rückwirkenden oder blos vorwirkenden Umstand wieder entzogen. Wie verhält es sich mit dem dinglichen Recht? Bei der Rückziehung kann kein Zweifel sein. Der spätere Umstand zeigt, daß gar nie Eigentum erworben, folglich auch keine Confusion eingetreten war. L. 57 pr. D. de usufr 7, 1:

Papinian. (lib. VIII Respons.). — Dominus fructuario prae-

---

124) Diese Stelle behandelt zugleich einen Fall der Vorwirkung nicht beim Eigentum. Dies dient uns zum Beweise, daß in der That bei andern dinglichen Rechten ganz gleiche Grundsäze eintreten. Zugleich ist sie noch ein sehr schöner Beleg für das, was oben bezüglich des Zusammenfallens der Verfügungen des Zwischeneigentümers bei der Vorwirkung und hinsichtlich der Art und Weise, wie dies zu denken, gesagt worden ist.

125) Sollte Ulpian vielleicht ursprünglich „modo" geschrieben haben?

dium, quod ei per usumfructum serviebat, legavit; idque praedium aliquamdiu possessum legatarius restituere filio, qui causam inofficiosi testamenti recte pertulerat, coactus est; mansisse fructus ius integrum ex postfacto apparuit.

Ferner L. 38 §. 1 D. de legat. I (30) (Pompon.).

Wie aber bei der blosen Vorwirkung? Man könnte auch hier ein Fortbestehen oder Wiederaufleben des dinglichen Rechts behaupten wollen. Denn, könnte man sagen, es trug nur das Eigentum selbst, nicht aber das dingliche Recht den Keim in sich, beim Eintritt eines spätern Umstands auf einen Andern überzugehen. Dieser Umstand kann daher auch nicht auf das ganze Eigentum, wie es beim Zwischeneigentümer war, sondern nur auf das Eigentum in dem Umfang, wie es dieser erworben hat, wirken. Offenbar entspräche dies auch am meisten der Billigkeit. Allein dennoch muß man sich dagegen erklären. Der Zwischeneigentümer hat bei der blosen Vorwirkung in jedem Fall Eigentum gehabt. Es ist daher im Augenblicke, da er dies erworben hat, sein dingliches Recht von selbst erloschen; die Befugniß, die ihm bisher kraft dieses Rechtes zustand, hat er jezt als ununterscheidbaren Ausfluß des Eigentums, das gleichsam nur von einer Schranke entbunden worden ist. Von einer Fortdauer des dinglichen Rechtes neben dem Eigentum — und eine solche müsste man doch eigentlich annehmen, um dem Zwischeneigentümer noch nach dem Verluste des Eigentums in Folge des entscheidenden Umstands, das dingliche Recht zuzuerkennen — von einer solchen Fortdauer des dinglichen Rechtes kann keine Rede mehr sein; nur noch von einer neuen Bestellung könnte gesprochen werden. Es ist aber einleuchtend, daß jener spätere Umstand nicht zu den Bestellungsarten dinglicher Rechte gehört. Dazu kommt, daß ja, wie wir gesehen haben, Verfügungen des Zwischeneigentümers, soweit sie das Recht des Erwerbers nicht beeinträchtigen, vollkommen fortbestehen, worin ein Ausfluß verwandter Grundsäze zu erblicken ist. 63. b) Vorwirkung. α) Nach allgemeinen Grundsäzen.

So führt uns denn eine genaue Betrachtung dazu, daß durch den Erwerb des Eigentums von Seite des Zwischeneigentümers dessen dingliches Recht für immer erloschen ist, also durch Eintritt des spätern Umstands nicht wieder auflebt. Und dies ist auch die Entscheidung des römischen Rechts. L. 17 D. quib. mod. ususfr. 7, 4: β) Nach den Quellen.

Julian. (lib. XXXV Dig.). — Si tibi fundi ususfructus pure, proprietas autem sub conditione Titio legata fuerit, pendente conditione dominium proprietatis acquisieris, deinde conditio extiterit, pleno iure fundum Titius habebit, neque interest, quod detracto usufructu proprietas legata sit; enim dum proprietatem acquiris, ius omne legati ususfructus amisisti [126]).

Ferner L. 6. D. de manum. test. 40, 4:

Ulpian. (lib. XVIII ad Sab.). — Si fructuarium dominus proprietatis heredem scripserit, et servo sub conditione sit libertas data, quoniam interim sit heredis, confusione facta ususfructus, si extiterit conditio, perveniet ad libertatem. (Vgl. dazu Ulp. I, 19. S. ob. Ziff. 55).

64. Zwei abweichende Stellen.

Bei dieser Darstellung könnte man nur an zwei Stellen einen Anstand nehmen, welche den so eben entwickelten Grundsätzen schnurstracks zu widersprechen scheinen. Auch bei einem unbedingten Vindicationslegat scheint nach der einen in einem ähnlichen Fall troz der hier eintretenden Rückziehung eine Confusion angenommen werden zu müssen. Und nach der andern würde auch bei einem bedingten Vindicationslegat wenigstens in Bezug auf Grunddienstbarkeiten keine Confusion eintreten. Es sind: L. 26. D. de legat. II (31):

Marcellus (lib. XVI Dig.). — Is, cuius in servo proprietas erat, fructuario herede instituto, alicui eum servum legavit; non potest heres doli mali exceptione uti, si legatarius vindicare servum vellet, non relicto heredi usufructu.

und L. 76 §. 2 eod.:

Papinian. (lib. VII Respons.). — Dominus, herede fructuario scripto, fundum sub conditione legavit; voluntatis ratio non patitur, ut heres ex causa fructus emolumentum reti-

---

126) Dies ist im Wesentlichen auch die Erklärung der Glosse ad L. 17 cit. und L. 57 pr. D. de usufr. 7, 1, von Cujacius ad L. 17 cit. (Opp. ed. Neap. t. VI p. 245) und von Balduinus de condition. cap. 13 (In Jurispr. Rom. et Att. t. I p. 377). — Diejenigen, welche auch bezüglich des Erwerbs bedingter Legate eine Rückziehung annehmen, werden diese Stelle nie erklären können. Man sehe z. B. Anton Faber Rational. ad L. 17 cit., dessen Haupt-Entscheidungsgrund dahin geht, weil der Legatar des Nießbrauchs freiwillig das Grundstück erworben habe (!).

neat. Diversum in ceteris praediorum servitutibus, quas heres habuit, responsum est, quoniam fructus portionis instar obtinet [127]).

Diese Stellen stimmen in der That mit der oben aufgestellten Ansicht wenig überein. Allein man übersehe nicht, daß der Widerspruch nicht blos dieser Ansicht, sondern auch andern klaren Quellenaussprüchen selbst gelten würde. Indessen scheint mir die Erklärung dieser Verschiedenheit nicht so unmöglich zu sein, als man vielleicht beim ersten Anblick geneigt sein möchte zu glauben. Offensichtlich — die Gesezesworte deuten es selbst an — enthalten nämlich LL. 26 et 76 §. 2 citt. eine Abweichung von allgemeinen Grundsäzen, die mit der eigentümlichen Stellung des Erben Legaten gegenüber zusammenhängt. — Für den Erben ist in Bezug auf Legate der Wille des Erblassers das höchste Gesez; er soll die Legate entrichten so, wie dieser es gewollt hat. Wenn nun der Erblasser Jemanden ein Grundstück legirt, so ist es offenbar seine Absicht, daß das ganze Grundstück in allen seinen Teilen dem Legatar zukommen soll; also, da der Nießbrauch gleichsam als Teil der Sache betrachtet wird [128]), auch ohne Beschränkung durch einen an dem Grundstück bestehenden Nießbrauch. Dies führt beim legatum per damnationem dahin, daß der belastete Erbe sogar einen fremden Nießbrauch ablösen muß: L. 66 §. 6 D. de legat. II (31) [129]). Beim Vindicationslegat kann man so weit nicht gehen; denn bei ihm steht ja eigentlich der Erbe mit dem Legatar in gar keiner unmittelbaren obligatorischen Beziehung. Allein wenigstens insofern soll er den Willen des Verstorbenen achten, als er, wenn ihm selbst der Nießbrauch zusteht, sich gegenüber der Vindication des ganzen Grundstücks (ohne Ausnahme des Nießbrauchs) durch den Legatar nicht auf seinen Nießbrauch soll berufen dürfen (L. 26 cit. vgl. mit L. 76

---

127) Auf L. 66 §. 6 eod. beziehe ich mich hier nicht, da diese Stelle augenscheinlich von einem Damnationslegat handelt.

128) Vgl. L. 58 D. de V. O. 45, 1. Julian. (lib. LIV Dig.). — Qui usumfructum fundi stipulatur, deinde fundum, similis est ei, qui partem fundi stipulatur, deinde totum, quia fundus dari non intelligitur, si ususfructus detrahatur. — L. 76 §. 2 cit.; vgl. L. 66 §. 6 D. de legat. II (31).

129) Daß diese Stelle vom Damnationslegat handelt, geht teils aus ihrer Fassung, teils daraus hervor, daß in der ganzen L. 66 offensichtlich nur vom Damnationslegat die Rede ist.

§. 2 cit.); und dies selbst, wenn das Legat ein unbedingtes, also an sich keine Confusion eingetreten wäre. Es wird bezüglich des Nießbrauchs, der als dem Erblasser nicht gehörig an sich nicht gültig per vindicationem legirt werden konnte, gleichsam noch ein Damnationslegat angenommen. Der Erbe ist dem vindicirenden Legatar gewissermaßen zur in iure cessio seines Nießbrauchs verpflichtet [130]).

Wie nun der Wille des Erblassers gegenüber allgemeinen Rechtsgrundsäzen zum Nachteil des Erben aufrechterhalten wird, so wird er umgekehrt auch zu dessen Gunsten aufrechterhalten. Wenn ein Grundstück, an welchem dem Erben Grunddienstbarkeiten zustehen, bedingt per vindicationem legirt wäre, so müssten allgemeinen Grundsäzen nach, wie wir oben gesehen haben, diese Dienstbarkeiten durch Confusion erlöschen. Bei Eintritt der Bedingung müsste demnach das Grundstück frei von diesen Lasten auf den Erwerber übergehen. Das ist aber nicht als Absicht des Testators anzunehmen. Denn daß auf einem Grundstück Dienstbarkeiten haften, wird — wenigstens nach Ansicht der Römer — als etwas ganz Natürliches, als der regelmäßige Zustand betrachtet [131]). Wollte nun der Legatar nach Erfüllung der Bedingung das Grundstück vindiciren, ohne sich zur Wiederherstellung jener Dienstbarkeiten zu verstehen, so würde wegen des entgegengesezten Willens des Testators dem Erben eine exceptio doli einzuräumen sein. S. L. 18 D. de servit. 8, 1:

> Paul. (lib. XXXI Quaest. Papin. notat): — In omnibus servitutibus, quae aditione confusae sunt, responsum est, doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eas iterum imponi.

Auf das Damnationslegat wird dies angewendet in L. 116 §. 4 D. de legat. I (30) und L. 66 §. 6 D. de legat. II. (31); auf das Vindicationslegat in L. 76 §. 2 eod. [132]).

---

130) Eine solche liegt in dem Verbot eines Einwandes des Erben gegen die Vindication des vollen Eigentums dem Wesen nach in der That. — Ueber in iure cessio des Nießbrauchs vgl. Gai. II, 30; §. 3 J. de usufr. 2, 4.

131) Vgl. L. 59 D. de contr. emt. 18, 1; L. 75 D. de evict. 21, 2; L. 90, 169 D. de V. S. 50, 16. S. auch Vangerow Lehrbuch der Pand. Bd. 3 §. 610 Anm. 3.

132) Nun erklärt sich auch, warum in dieser Stelle Papinian auch hinsichtlich des Nießbrauchs sich auf den Willen des Testators bezieht,

Die Entscheidungen in L. 26 und L. 76 §. 2 sind also blose Ausnahmen, welche, weit entfernt, die oben entwickelten allgemeinen Grundsäze zu schwächen, vielmehr sehr wesentlich zu deren Kräftigung beitragen.

4) Wem ist der Erwerb eines Sklaven zuzusprechen, dessen Eigentum Jemand durch einen rückwirkenden oder vorwirkenden Umstand verliert? Bei der Rückziehung wird sich auch hier Alles nach dem spätern Erfolg entscheiden. L. 86 §. 2 D. de legat. I (30). (S. ob. Ziff. 12) bes. verb.: — 65. 4) Sklavenerwerb.

Secundum hanc regulam et de iure eorum, quae per traditionem servus acceperit, aut stipulatus fuerit, deque his, quae legata ei vel donata fuerunt, statuetur, ut vel heredis vel legatarii servus singula gessisse existimetur.

Vgl. L. 12 §. 1 D. de captiv. 49, 15.

Bei der Vorwirkung dagegen müssen wir sämmtlichen Erwerb des Sklaven in der Zwischenzeit dem Zwischeneigentümer zusprechen; denn dieser hat während dieser Zeit in jedem Falle das Eigentum an dem Sklaven gehabt. Was daher ein Sklave, der unter einer Bedingung legirt oder testamentarisch freigelassen ist, vor Erfüllung der Bedingung erwirbt, das gehört dem Erben oder dem Collegatar, dem derselbe Sklave unbedingt legirt ist. L. 11 D. de opt. leg. 33, 5:

Julian. (lib. XXXVI Dig.). — Si Eros Seio legatus sit et Eroti fundus, deinde optio servi Maevio data fuerit, isque Erotem optaverit, fundus ad solum Seium pertinebit, quoniam aditae hereditatis tempore[133]) is solus erat, ad quem posset legatum pertinere.

---

während doch hier eine Berufung auf die allgemeinen Grundsäze ausgereicht hätte. Wenn es nämlich dem Willen des Testators widerspräche, daß der Legatar den Nießbrauch bekommt, so würde troz jener Grundsäze auch in Bezug auf ihn eine exceptio doli begründet sein. — Auch L. 6 D. de manum. test. 40, 4 (S. ob. Ziff. 63) könnte man hierherziehen, wenn sich dieselbe nicht ausdrücklich auf allgemeine Grundsäze beriefe. — Uebrigens findet sich eine ähnliche Erklärung der LL. 26, 66 §. 6, 76 §. 2 D. citt. schon in der Glosse ad LL. citt. und bei Cujacius ad L. 66 §. 6 (Opp. ed. Neap. t. IV p. 452) und ad L. 76 §. 2 (t. IV p. 1104) citt.

133) Der dies legati, das einem selbst legirten oder testamentarisch freigelassenen Sklaven ausgesezt ist, cedirt bekanntlich erst mit dem Antritt der Erbschaft L. 7 §. 6, L. 8, 17 pr. D. quando dies legat. 36, 2.

Man erinnere sich dabei nur, daß, wie schon oben bemerkt, bei der optio legata jeder der mehreren Gegenstände als unter der Begingung legirt angesehen wird: „wenn die Wal auf ihn fallen sollte," und verbinde damit den Saz, daß vor dem Antritt der Erbschaft die Wal nicht vorgenommen werden kann (L. 16 D. eod.).

Damit hängt auch der Saz zusammen, daß dem bedingt legirten oder freigelassenen Sklaven nicht wirksam ein unbedingtes Legat ausgesezt werden kann, wenn die Bedingung der Art ist, daß ihre Erfüllung vor dem Erbschaftsantritt (als dem dies legati cedens. S. Anm. 133) nicht geschehen kann. Kann die Bedingung möglicherweise auch vor dem Erbschaftsantritt in Erfüllung gehen, so bestimmt sich je nach dem Ausfall, ob das Legat wirksam ist oder nicht. Ist aber der Erbe ein heres necessarius, so erscheint (wegen der regula Catoniana) auch bei einer Bedingung, die vielleicht vor dem Tode des Erblassers eintreten könnte, das Legat von vornherein als unwirksam. L. 91 §. 1 D. de legat. I (30):

Julian. (lib. XXXVI Dig.). — Praesenti quidem die data libertate, servo legari vel pure, vel sub conditione poterit; quum vero libertas sub conditione data fuerit, alias utiliter, alias inutiliter pure legabitur. Nam si ea conditio libertatis fuerit, ut patrefamilias statim mortuo possit ante aditam hereditatem existere conditio, veluti: „Stichus, si decem Titio dederit" vel „capitolium ascenderit, liber esto!" utile legatum est; huiusmodi autem conditiones: „si heredi decem dederit," „si post aditam hereditatem capitolium ascenderit" inutile legatum efficient. Necessario autem ex asse herede scripto etiam hae conditiones, quae ante aditam hereditatem impleri possunt, inutile legatum efficient.

S. auch L. 13 pr., 15 D. de opt. leg. 33, 5; L. 86 (vgl. 82 in.) D. de condit. 35, 1; vgl. L. 11 pr. D. de legat. II (31) u. v. a.

66. **5) Accessionen.** 5) Wie mit dem Erwerb durch Sklaven, so verhält es sich auch mit dem, was in der Zwischenzeit als aus der Sache selbst erworben oder erzeugt selbstständig[134]) zu der Sache hinzu-

---

134) „Selbstständig", denn würde das Hinzugetretene nur als integrirender Teil der Sache selbst, ohne eigenes selbstständiges Dasein erscheinen, wie z. B. eine Alluvion, so würde es natürlich dem Schicksal

tritt, also namentlich mit Sklavenkindern, Früchten und einem in der Sache gefundenen Schaz, soweit derselbe dem Eigentümer als solchem zufällt. Bei der Rückziehung wird sich auch hier nach dem Ausfall des spätern Umstands bestimmen, wer an solchen Accessionen das Eigentum erworben hat [135]. Für den Schaz ist dies in L. 63 §. 4 D. de A. R. D. 41, 1 ausdrücklich ausgesprochen, für Sklavenkinder in L. 19 D. de manum. vind. 40, 2 (S. ob. Ziff. 27). Bei der Vorwirkung aber sind auch diese Accessionen lediglich dem Zwischeneigentümer zuzuerkennen. So bezüglich der Früchte: L. 32 §. 1 D. de legat. II (31); L. 36 §. 4 D. ad L. Falcidiam 35, 2 vbd. L. 3 §. 1 D. de legat. III (32) [136]. Hinsichtlich der Sklavenkinder: L. 3 §. 16, L. 16 D. de statul. 40, 7; L. 15, 16 D. de stat. hom. 1, 5 (S. ob. Ziff. 27).

6) In einer sehr schönen Anwendung sind Rückziehung und Vorwirkung einander gegenübergestellt in L. 3 D. de servit. leg. 33, 3: 67. 6) L. 3 D. de servit. leg.

Marcellus (lib. XXIX Dig.). — Si fundum Maevio, et ad eum viam per alium fundum, et eundem fundum [137] sine via Titio legasset, si uterque fundum vindicasset, sine via legato fundum cessurum, quia neque acquiri per partem servitus possit. Et si prius Maevius fundum vindicaret altero deliberante, posse dubitari, an si postea Titius omisisset, viae legatum salvum esset. Et hoc magis videbatur. Quamquam si sub conditione quis fundum legasset, viam pure, aut pro parte fundum pure, pro parte sub conditione, et viam sine conditione: si pendente ea legati dies

---

der Sache folgen. L. 24 §. 2 D. de legat. I (30); vgl. L. 11 §. 1 D. quemadm. serv. am. 8, 6 (Ob. Ziff. 57) und L. 16 D. de legat. III (32).

135) Natürlich, wenn nicht andere Rechtsgrundsäze, z. B. eine bonae fidei possessio die Sachlage verändern. Vgl. L. 40 D. de A. R. D. 41, 1.

136) Obwol die beiden lezten Stellen von dem Erwerb durch Sklaven handeln, so kann ich mich doch auf sie berufen, da vorhin vom Sklavenerwerb ganz allgemein die Rede war, hier aber davon nur, soweit er als fructus erscheint, gesprochen wird. — Andere Stellen, welche bei bedingten Legaten die Früchte der Zwischenzeit dem Erben zuerkennen, gehören nicht hieher, weil sie nicht vom legatum p. vind. sprechen.

137) Sc. Maevio legatum.

cessisset, interiturum fore viae legatum, ut responsum est, quum alteri ex vicinis, qui fundum communem habebant, viam sub conditione, alteri pure legasset, et pendente conditione decessisset [138]), quia alterius legatarii persona impedimento esset, quo minus solidus fundus cum via vindicaretur.

Die Stelle behandelt zunächst folgenden Fall: Dem Mävius ist [139]) ein Grundstück und dazu eine Weggerechtigkeit durch ein anderes Grundstück, dasselbe — dem Mävius legirte — Grundstück ist aber auch dem Titius jedoch ohne Weggerechtigkeit legirt, so daß Mävius und Titius re coniuncti sind. Wie, wenn hier Beide das Legat annehmen, also das Grundstück vindiciren? Dann erhält Jeder die Hälfte, aber Jeder, auch Mävius, ohne Weggerechtigkeit, da eine Dienstbarkeit nicht zu einem blosen Teil erworben werden kann (L. 11 D. de servit. 8, 1). Wie, wenn nun aber zunächst nur Mävius das Grundstück vindicirte und Titius später ausschlüge? Dann würde Alles so gehalten werden, als ob dem Titius gar nie legirt gewesen (L. 38 §. 1 D. de legat. I (30)), es würde sonach Mävius als ausschließlicher Legatar und damit rückwärts als alleiniger Eigentümer des ganzen Grundstücks erscheinen. (Vgl. L. 17 §. 1, L. 34 —36 pr. D. ad L. Aquil. 9, 2). Da aber in diesem Fall dem Erwerb der Weggerechtigkeit kein Hinderniß im Wege stand, so zeigt sich nun auch das darauf bezügliche Legat als ein vollkommen wirksames.

Man darf — das ist der weitere Gedankengang des Rechtsgelehrten — diesen Fall nicht unter den Gesichtspunkt bringen, als wäre etwa dem Mävius die zweite Hälfte des Grundstücks unter der Bedingung legirt, wenn Titius ausschlagen würde. Läge wirklich ein bedingtes Legat vor, so müsste eine ganz andere Entscheidung Plaz greifen. Denn da bezüglich des Erwerbs bedingter Legate keine Rückziehung eintritt, so würde das Legat der Weggerechtigkeit in jedem Falle unwirksam sein. Dies würde schon in dem einfacheren Fall eintreten, wenn Jemanden ein Grundstück unter einer Bedingung, eine Weggerechtigkeit unbedingt legirt wäre, und nun vor Erfüllung der Bedingung der

---

138) Sc. testator, itaque dies legati puri cessisset.

139) Per vindicationem, wie sich von selbst versteht, denn die ganze Stelle handelt nur vom Vindicationslegat.

Erblasser stürbe, sonach der dies des unbedingten Legats der Weggerechtigkeit cedirte. Denn bezüglich der Möglichkeit, ein Legat zu erwerben, wie überhaupt in Betreff des Legatenerwerbs richtet sich Alles nach dem dies cedens (Vgl. L. 5 pr. §. 7, L. 8, 14 §. 3, L. 17 D. quando dies leg. 36, 2; L. 91 §. 1 D. de legat. I (30) u. a.). Um also eine legirte Weggerechtigkeit zu erwerben, muß man im Augenblick des dies cedens Eigentümer des herrschenden Grundstücks sein (L. 1 §. 1, L. 6 pr., 8 D. comm. praed. 8, 4). Eigentümer ist aber Der, welchem unter einer Bedingung legirt ist, vor deren Erfüllung in keinem Fall gewesen. Um so mehr müsste man gleicherweise in dem verwickelteren Fall entscheiden, dem unser erster Fall, eine wirkliche Bedingung angenommen, entsprechen würde, wenn nämlich nur ein Teil des Grundstücks bedingt, der andere unbedingt, die Weggerechtigkeit gleichfalls unbedingt legirt wäre. Denn dann hätte der Legatar zur Zeit, da der dies des Legats der Weggerechtigkeit cedirt, wenigstens in keinem Fall Eigentum an dem ganzen Grundstück gehabt, sonach würde auch hier wieder dem Erwerb der Weggerechtigkeit die Unmöglichkeit blos teilweisen Erwerbs entgegentreten.

Es ist dieser lezte Fall, färt Marcellus fort, ganz ähnlich dem andern, wenn eine Weggerechtigkeit dem einen von zwei Miteigentümern eines Grundstücks unbedingt, dem andern unter einer Bedingung legirt ist und der Testator während des Schwebens der Bedingung mit Tod abgeht (also der dies des unbedingten Legats cedirt). Da der Eintritt der Bedingung die Weggerechtigkeit nur vorwirkend zur Entstehung bringt, so könnte auch hier nur ein teilweiser Erwerb stattfinden. Daher muß auch in einem solchen Fall das Legat der Weggerechtigkeit unwirksam sein [140]).

γ) In welchem Zeitpunkte muß Jemand bei der Vorwirkung und bei der Rückziehung die Gewalt über den Erwerber haben, um durch diesen das Eigentum zu erhalten?

Wir kommen zu dem lezten hier zu erörternden Punkt. 68. Wenn der Erwerber zur Zeit des Ereignisses, welches den spä- Zweifel bei der VW.

140) Es bedarf kaum der Bemerkung, daß in allen hier (unter β) besprochenen Fällen beim Pfandrecht ganz gleiche Grundsäze wie bei der Vorwirkung eintreten müssten.

tern Eigentumsübergang ursprünglich begründete, fremder Gewalt unterworfen, beim Eintritt des entscheidenden Umstandes aber gewaltfrei war: wie verhält es sich dann mit dem Erwerb? Fällt das Eigentum dem früheren Gewalthaber oder vielmehr dem Erwerber selbst zu? Man wird hier, wie oben bei den Forderungsrechten (S. Ziff. 38) als Unterschied der Rückziehung und Vorwirkung zu finden erwarten, daß bei jener die Zeit jenes ersten Ereignisses, bei dieser dagegen lediglich die des entscheidenden Umstandes maßgebend sei. Für die Rückziehung ist dies auch unzweifelhaft richtig. Denn der spätere Umstand zeigt ja nur, daß früher ein Erwerb stattgefunden hat. Wem derselbe zugefallen ist, lässt sich daher natürlich nur nach dem früheren Zeitpunkte bemessen. Aber auch für die Vorwirkung ist man zu gleicher Entscheidung wie bei den Forderungsrechten geneigt. Denn warum sollte es hier anders sein? Es wird ja auch hier erst mit dem Eintritt des entscheidenden Umstandes und erst von jezt an Eigentum für den Erwerber begründet. Dazu kommen sehr gewichtige Aussprüche unserer Quellen. Nicht nur wird in einem der hauptsächlichsten Fälle der Vorwirkung, beim bedingten Vindicationslegat, in der That jene Frage nur nach der Zeit des Bedingungseintrittes entschieden (L. 5 §. 7, L. 14 §. 3 D. quando dies legat. 36, 2), sondern es scheint sogar L. 11 §. 2 sqq. D. de donat. int. vir. et uxor. gerade darein den wesentlichsten Unterschied der Vorwirkung und Rückziehung zu sezen. Ich verkenne die Bedeutung dieser Gründe nicht, aber dennoch scheint es mir bedenklich, auch hier — in den Fällen der Vorwirkung beim Eigentum — die obige Frage immer nur nach dem Zeitpunkt des entscheidenden Umstandes zu beurteilen.

69. Unterschied gegenüber den Forderungsrechten.

Was zuvörderst die Vergleichung mit den Forderungsrechten betrifft, so finden wir bei aller Aehnlichkeit doch Einen sehr wesentlichen Unterschied. Wenn eine Forderung durch einen blos vorwirkenden Umstand begründet wird, so war vorher noch gar kein Band, noch gar keine rechtliche Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner vorhanden. Man denke nicht etwa an eine Gebundenheit des Willens, wie sie Windscheid annimmt [141], wonach zwar allerdings die obligatio erst später zur Entstehung

141) Die Wirkung der erfüllten Bedingung. Basel 1851. — Nach Windscheid würde bei jeder bedingten Forderung eine blose Vorwirkung eintreten.

käme, aber der künftige Gläubiger doch wenigstens insofern schon ein Recht gegenüber dem Schuldner hätte, als dieser die Entstehung der obligatio nicht mehr hindern dürfte. Denn nach dem ganzen Begriff der obligatio wäre eben eine derartige Gebundenheit des Willens offenbar schon eine obligatio. Der Begriff einer solchen vorläufigen obligatio, aus welcher ohne weiteres eine andere obligatio hervorgehen sollte, ist aber meines Erachtens dem römischen Rechte fremd [142]). Ueberdies kann, wie wir früher gesehen haben, in dem einzigen Fall der Vorwirkung bei Forderungsrechten, den, so weit ich weiß, das römische Recht kennt: bei dem bedingten Legat vor Erfüllung der Bedingung von einem Recht des Legatars durchaus nicht die Rede sein. Wollte man hier von einer Gebundenheit des belasteten Erben sprechen, so müsste man sie gegenüber dem Erblasser annehmen. Aber bei näherer Betrachtung besteht diese ganze Gebundenheit einfach darin, daß eben der Umstand, der hier die Forderung begründet, nicht im Willen des künftigen Schuldners liegt, weshalb dieser natürlich auch deren Entstehen nicht nach Willkür hindern kann. Ein gleiches Verhältniß ist bei jeder obligatio, quae ex re venit, wahrzunehmen. Auch der Umstand, daß der mit einem be-

---

142) Sonst ließe sich eine solche unvollkommene obligatio, wonach der Gläubiger einstweilen nur ein Recht auf unmittelbare Entstehung der Haupt-obligatio in Folge eines spätern Umstands — hätte, ganz gut denken. Denn auch beim Eigentum werden wir unten Fälle kennen lernen, in denen zunächst gewissermaßen ein unvollkommenes dingliches Recht auf spätern unmittelbaren Eigentumsübergang besteht. Auch würde man mit dieser Anschauung im Allgemeinen zu wenig falschen Ergebnissen kommen. (Nur mit dem, was oben — s. Ziff. 39 — bezüglich der Acceptilation einer bedingten Schuld gesagt wurde, möchte die Windscheid'sche Ansicht schwer zu vereinigen sein). Ich glaube indessen nicht, daß in dieser Beziehung dingliches Recht und Forderungsrecht neben einander laufen. Für eine genauere Erörterung ist freilich hier nicht der Ort. Doch genügt vielleicht schon eine Hinweisung darauf, welche wesentlich verschiedene Rolle eine Zeitbestimmung bei dinglichen Rechten und bei Forderungen spielt. Bei diesen kommt nämlich sogleich die Forderung zur Entstehung, nur die Ausübung wird hinausgeschoben. Ist dagegen z. B. Eigentum von einer bestimmten Zeit an übertragen, so tritt dasselbe nicht vor dieser Zeit, dann aber allerdings ohne weiteres ein. Vgl. Sintenis Prakt. CivilR. Bd. 1 S. 183 Anm. 14.

dingten Vermächtnisse Bedachte schon vor Eintritt der Bedingung Sicherheitsleistung die vom Belasteten fordern kann, zwingt uns nicht zur Annahme, daß Jenem schon jezt gegen Diesen irgend ein Recht zustünde (abgesehen etwa von dem Recht auf Sicherheitsleistung selbst). Denn eine Sicherheitsleistung ist ganz gut im voraus für eine künftige Schuld möglich. Dies haben uns bezüglich des Bürgen schon frühere Erörterungen gezeigt, und zugleich haben wir gesehen, daß gerade dieser Fall mit der Sicherheitsleistung für ein bedingtes Vermächtniß auf ganz gleiche Linie gestellt wird[143]). Noch viel weniger natürlich kann uns das beirren, daß der Prätor überhaupt wegen eines bedingten Vermächtnisses den Erben zur Sicherheitsleistung anhält. Denn gerade, weil hier die Forderung nur eine künftige ist, war ja eben hauptsächlich eine Sicherheit nötig[144]).

Ganz anders ist es hinsichtlich der Vorwirkung beim Eigentum, überhaupt bei dinglichen Rechten. Hier ist vor Eintritt des entscheidenden Umstandes allerdings schon eine rechtliche Wirkung vorhanden. Die Sache selbst nämlich ist in einem Zustand rechtlicher Gebundenheit, es ist ihre objective Eigenschaft geworden, beim Eintritt jenes Umstandes in das Eigentum eines Andern überzugehen. Das Verhältniß ist, wie ich schon öfter bemerkte, ein ganz ähnliches, wie wir es bei einer Sache finden, die in dem dinglichen Recht eines Andern steht.

70. *Zweifache mögliche Auffassung der VW.*

Dieser Zustand rechtlicher Gebundenheit einer Sache lässt sich nun aber in doppelter Weise auffassen. Einmal blos als objective Eigenschaft der Sache. Hier trägt die Sache den Keim in sich, zufolge eines spätern Umstandes in das Eigentum (oder sonstige dingliche Recht) eines Andern überzugehen, ohne daß Diesem vorher irgend ein Recht zuzuschreiben wäre. Es ist etwa ein ähnliches Verhältniß wie bei einem servus sine domino. Man kann aber auch zweitens jene Gebundenheit einer Sache auffassen als entsprechend dem Rechte einer Person. Es hat eine bestimmte Person einen Anspruch darauf, daß beim Eintritt eines spätern Umstandes

143) Ich erinnere hier nur an L. 13 §. 8, 9 D. de acceptil. 46, 4 (S. ob. Ziff. 40).

144) Ueberhaupt sezt jede Sicherheitsleistung den Gedanken an die Zukunft voraus, sei es daß die Forderung künftig überhaupt erst entstehen, oder wenigstens erst künftig geltend gemacht werden soll.

das Eigentum der Sache vom bisherigen Eigentümer abgehe. Und zwar wird sich dieser Anspruch gewönlich als Recht gestalten, daß die Sache in das Eigenthum des Berechtigten selbst falle 145). Neben der blos objectiven Seite kehrt also nach dieser Auffassung jene Gebundenheit der Sache auch eine subjective Seite hervor. Sie erscheint als ein Recht an der Sache selbst, das gleichsam ein umfassenderes Recht an derselben vermittelt, ein Verhältniß, wie wir es z. B. auch bei der Ersizung wiederfinden. Als Recht aufgefasst ist aber die Gebundenheit der Sache wie andere Rechte an Sachen, Gegenstand des Erwerbs, und hier können wir demnach von einem Rechtserwerb schon vor Eintritt des entscheidenden Umstands reden.

Je nach der einen oder nach der andern Auffassung wird sich nun unsere eigentliche Frage, ob der beim Eintritte des spätern Umstandes gewaltfreie Erwerber oder ob dessen früherer Gewalthaber das Eigentum bekomme, in sehr verschiedener Weise beantworten. 71. Einfluß dieser Auffassung auf unsere Frage.

Wo die Eigenschaft einer Sache, durch einen spätern Umstand in das Eigentum eines Andern überzugehen, blos als objective rechtliche Beschaffenheit der Sache erscheint, hat vor dem Eintritte dieses Umstandes der Erwerber noch gar kein Recht gehabt. Erst jezt findet auf seiner Seite ein Rechtserwerb statt, und der Gewalthaber erwirbt daher durch ihn nur, sofern in diesem Zeitpunkte das Gewaltverhältniß noch fortdauert. In den Fällen dagegen, in welchen bereits die Gebundenheit der Sache als das Recht einer Person sich darstellt, hat schon vor dem Eintritte des entscheidenden Umstandes ein Rechtserwerb stattgefunden, und stand der Erwerber zur Zeit dieses Erwerbs 146)

145) Doch ist dies, wie gesagt, nur gewönlich nicht aber notwendig der Fall, und darum habe ich vorher einen allgemeineren Ausdruck gewält. Der Pfandgläubiger z. B. hat kein Recht darauf, daß die Sache in sein Eigentum falle, ja er kann dasselbe gar nicht haben. Sein Recht geht vielmehr nur dahin, daß beim Eintritt des spätern Umstands, d. h. des Verkaufs unter den gehörigen Voraussezungen, das Eigentum vom Verpfänder ab- und auf den Käufer übergehe.

146) Welches dieser Zeitpunkt sei, lässt sich im Allgemeinen nicht näher bestimmen; denn er ist je nach der Verschiedenheit der Fälle sehr verschieden. Bei Legaten z. B. ist es immer der dies cedens, bei der Ersizung, die ja auch hierher gehört, der Zeitpunkt der Tradition der fremden bona fide und iusto titulo erworbenen Sache.

in fremder Gewalt, so hat er denselben wie jeden andern, wie sogar den höchstpersönlicher Rechte [147]), seinem Gewalthaber gemacht. Die Gebundenheit der Sache erscheint daher jezt als ein Recht des Leztern; der Gewalthaber hat einen Anspruch darauf, daß beim Eintritt des spätern Umstandes die Sache in sein Eigentum falle. Daß vielleicht der unmittelbare Erwerber inzwischen gewaltfrei wird, hat natürlich auf dies Recht nicht den mindesten Einfluß. — In Fällen dieser Art ist also der Zeitpunkt des spätern Umstandes für unsere Frage ganz gleichgültig und nur der Zeitpunkt entscheidet, in dem sich zuerst die objective Gebundenheit der Sache als Recht einer Person gestaltete [148]).

72. So das Ergebniß allgemeiner Betrachtungen, deren Möglichkeit (wenn auch vielleicht nicht Natürlichkeit) man mir wol zugeben wird. Wie verhält sich nun aber dazu das römische Recht? Geht es ebenfalls von jener doppelten Anschauung aus, oder hat es vielleicht, wie bei den Forderungsrechten, einen einfacheren Weg eingeschlagen und ein für allemal festgesezt, daß in allen Fällen der Vorwirkung hinsichtlich der hier zu erörtern=

Auch die Quellen kennen diese doppelte Auffassung der VW.

147) Z. B. eines Nießbrauchs, eines usus, einer habitatio. Vgl. L. 6 §. 2 D. de usufr. 7, 1; L. 9, 16 §. 1 D. quando dies leg. 36, 2; fr. Vatic. §. 51 etc.

148) Da, wo die Gebundenheit der Sache als Recht einer Person sich darstellt, ist auch an sich kein Hinderniß denkbar, warum die Person dies Recht, ihre Hoffnung auf künftige Erlangung des Eigentums nicht einem Andern sollte übertragen können. Es beantwortet sich also nach obiger Unterscheidung auch die oben Ziff. 58 aufgeworfene Frage. (Schwierigkeiten macht hier nur die unten noch in anderer Hinsicht zu besprechende L. 11 D. de donat. int. vir. et uxor. 24, 1. Wir finden in derselben einen Fall der Vorwirkung, wobei der Erwerber erst mit dem Eintritt des spätern Umstandes ein Recht erhält (S. Ziff. 78). Nun scheint allerdings in §. 9 h. l. unser Saz geradezu ausgesprochen zu sein; allein in den vorhergehenden §§. sind Fälle behandelt, in welchen der unmittelbare Erwerber die Sache noch vor Eintritt des entscheidenden Umstandes weiter tradirt hat, und es wird uns gesagt, daß Der, dem die Tradition geschehen, durch jenen Umstand das Eigentum erhalte. Es hängt dies jedoch wol mit dem eigentümlichen Verhältniß einer persona interposita bei der Schenkung zusammen, die zugleich selbstständig und als Beauftragte einer andern handelt. Auch ist vielleicht streng genommen der in L. 11 cit. besprochene Fall gar nicht unter die Vorwirkung zu rechnen (S. Anm. 164).

den Frage lediglich die Zeit des spätern Umstandes den Ausschlag gebe? Ich glaube entschieden das erste; ich habe meiner Ueberzeugung nach in den vorstehenden Entwickelungen nur die verschiedene Betrachtungsweise des römischen Rechtes selbst dargestellt. Es wird sich nun darum handeln, dies nachzuweisen.

1) Als blos objective Gebundenheit einer Sache.

Die erste Auffassung, wonach es also blos objective, vorläufig noch mit keinem Recht einer Person verknüpfte rechtliche Eigenschaft einer Sache ist, zufolge eines spätern Umstandes in das Eigentum eines Andern überzugehen (oder — bei der Freilassung eines Sklaven — wenigstens aus dem bisherigen Eigentum herauszugehen), diese erste Auffassung finden wir ganz unzweifelhaft bei dem bedingten Vindicationslegat und der bedingten testamentarischen Freilassung. Ganz entschieden ist hier einstweilen blos die Sache objectiv ergriffen; von einem Recht des Bedachten kann vor Erfüllung der Bedingung keine Rede sein. Am allerdeutlichsten und unzweideutigsten zeigt sich dies bei dem leztgenannten Verhältniß, bei dem statuliber. Denn hier wäre, so lange die Bedingung schwebt, ein Recht gar nicht einmal denkbar. Wer sollte der Berechtigte sein? Es ist Niemand zu finden als allenfalls der statuliber selbst. Aber dieser ist vor Erfüllung der Bedingung Sklave und zwar Sklave des Erben (S. Anm. 53), und wie hätte sich je, „ohne aller juristischen Auffassung Hohn zu sprechen", ein Recht des Sklaven, und noch mehr ein Recht des Sklaven gegenüber seinem Herrn annehmen lassen! Es blieb also in der That nichts übrig, als daß man in der Fähigkeit zur Freiheit zu gelangen, eine objective rechtliche Eigenschaft des Sklaven selbst als bloser Sache erblickte [149]. Ganz dasselbe Verhältniß begegnet uns aber auch bei dem bedingten Vindicationslegat. Denn auch bei diesem kann man dem Legatar vor Erfüllung der Bedingung durchaus kein Recht zuschreiben (Non prius dies legati cedit, quam conditio fuerit impleta: L. 5 §. 2 D. quando dies leg. 36, 2).

Folge — und zugleich Probe — ist, daß die Frage, ob die legirte Sache in das Eigentum des Legatars selbst oder seines Gewalthabers kommt, lediglich nach der Zeit des Eintritts der Bedingung zu beantworten ist [150].

149) Man vgl. die schon früher angeführte Stelle bei Ihering: Geist des röm. R. Tl. II Abt. 1 §. 32 (S. 176).

150) Vgl. L. 5 §. 7, L. 14 §. 3 D. quando dies leg. 36, 2. — Man könnte hier nur noch auffallend finden, daß durch blosen Privatwillen

73. 2) Zugleich als Recht einer Person.

Die Lehre vom Vindicationslegat gibt uns auch ein Beispiel der zweiten Auffassung, wonach die objective Gebundenheit der Sache zugleich schon als erworbenes Recht einer Person sich darstellt. Wir müssen uns nur statt einer Bedingung eine blose Zeitbestimmung, einen dies certus denken. Hier wrd aber, da dies in neuester Zeit angezweifelt worden ist [151], vor Allem zu untersuchen sein, ob denn überhaupt ein solches Vindicationslegat ex die certo möglich und unsern Quellen bekannt ist.

Gab es ein legat. p. vind. ex die certo?

Warum zunächst ein blos betagtes Vindicationslegat nicht möglich gewesen sein sollte, ist durchaus nicht abzusehen. Denn, wenn es Verhältnisse gibt, in welchen der Eintritt eines ungewissen Umstandes eine Sache unmittelbar (und zwar nicht etwa rückwirkend sondern blos für die Zukunft) in das Eigentum eines Andern bringt: warum sollte dann nicht der Eintritt eines von vornherein gewissen Umstands ebenfalls diese Wirkung haben können? Wenn man sich nur — und man muß es — von dem Gedanken an eine Rückziehung bei dem bedingten Vindicationslegat losmacht: so ist kein denkbarer Grund mehr vorhanden, ein legatum per vindicationem ex die certo für unstatthaft zu erklären [152]). Uebrigens, und damit wenden wir uns zu dem

---

eine solche, gleichsam in der Luft schwebende, blos objective Gebundenheit einer Sache ohne gegenüberstehendes Recht einer Person geschaffen werden konnte. Allein man bedenke, daß der Testator bei seinen leztwilligen Verfügungen nicht als bloser Privatmann, sondern gleichsam als Gesezgeber erscheint („Uti legassit, ita ius esto!"), ein Saz, ohne den gar Vieles im römischen Erbrecht unerklärlich wäre.

151) Vgl. Seuffert Veräußerungsverbot S. 6 ff. — Allgemeine Grundsäze, meint S., sprächen dagegen und die Geseze nicht dafür. Ich muß Beides in Abrede stellen. Nur so viel will ich zugeben, daß allerdings aus den von S. angeführten Gesezen die Möglichkeit eines legatum p. vind. ex die certo noch nicht mit Sicherheit hervorgehen würde. Denn L. 80 D. de legat. II ist in der That für unsere Frage ganz und gar unerheblich; L. 21 pr. D. quando dies leg. 36, 2 ist ebenfalls nicht geeignet, zu einem sichern Ergebnisse zu führen, und sogar L. 45 §. 1 D. de legat. II, so stark sie auf ein Vindicationslegat hinzuweisen scheint, möchte für sich allein noch kaum zum vollen Beweise genügen.

152) Seuffert's allgemeine Gründe gegen die Statthaftigkeit führen sich denn auch zurück auf: „die Unmöglichkeit irgendwelcher revocatio ex tunc bei einem dies certus." A. a. O. S. 6.

entscheidenden Punkte, würde man durch eine solche Unmöglichkeitserklärung mit klaren Aussprüchen unserer Quellen in Widerspruch geraten. Denn es ist in mehreren Stellen die Möglichkeit eines betagten Vindicationslegats ganz unzweideutig anerkannt. Ich will mich in dieser Hinsicht noch nicht auf L. 1 §. 2 D. quib. mod. usufr. 7, 4 berufen:

Ulpian. (lib. XVII ad Sab.) — Si tibi fundus ex die legatus est, et usumfructum mihi rogatus es restituere, videndum erit etc.

Es möchte zwar schwer zu bezweifeln sein, daß hier von einem Vindicationslegat die Rede ist, allein es wäre doch immer noch eine Deutung als Damnationslegat wenigstens möglich. Ganz unzweideutig aber ist L. 9 §. 2. D. usufr. quemadm. cav. 7, 9:

Ulpian. (lib. LI ad Ed.). — Plane si ex die proprietas alicui legata sit, ususfructus pure, dicendum esse Pomponius ait, remittendam esse hanc cautionem fructuario, quia certum sit, ad eum proprietatem, vel ad heredem eius perventuram.

Und sollte selbst bei dieser klaren Stelle noch Jemand an ein Damnationslegat denken wollen (was ich der ganzen Fassung nach für unmöglich halte): so hat für solche Zweifler recht eigens Papinian die L. 72 §. 5 D. de condition. 35, 1 geschrieben:

Papin. (lib. XVIII Quaest.). — „Maeviae, si non nupserit, fundum, quum morietur, lego“; potest dici, et si nupserit, eam confestim ad legatum admitti. Non idem probatur, si certus dies incertusve alius legato fuerit adscriptus.

Hier ist mit dürren Worten die Statthaftigkeit eines dies certus beim Vindicationslegat ausgesprochen [153]).

---

153) Es verdient übrigens diese interessante Stelle eine etwas nähere Betrachtung; denn bei der Papinianischen Kürze liegt deren innerer Zusammenhang nicht gerade so flach auf der Hand. Der Fall, den Papinian zu entscheiden hatte, ist an sich der eines Vindicationslegates, ausgesezt unter einer Bedingung (si non nupserit) und zugleich unter einer Zeitbestimmung (quum morietur; der Todestag des Legatars ist ja bekanntlich immer ein dies certus, L. 79 pr. eod.) In einem solchen Fall müssen im Allgemeinen sowol Bedingung als Zeitbestimmung die jeder eigentümlichen Wirkungen äußern. Allein der vorliegende Fall hat das Besondere, daß die Bedingung als unsittliche gestrichen wird (S. z. B. L. 22, 64, 74 eod.) Es bliebe also nur noch die Zeitbestimmung übrig. Jedoch auch bei dieser tritt

Rechtsverhältniß bei einem betagten Vindicationslegat.

Welches ist nun das Rechtsverhältniß, das bei einem solchen betagten Vindicationslegat eintritt? Dasselbe ist sehr einfach, und eigentlich in L. 9 §. 2 cit. vollständig entwickelt. Das blos betagte Vindicationslegat steht nämlich zwischen dem bedingten und dem weder bedingten noch betagten gleichsam in der Mitte. Mit jenem hat es gemein, daß erst mit dem Eintritt des dies, dann aber ohne weiteres das Eigentum der legirten Sache auf den Legatar übergeht (L. 9 §. 2 cit.; vgl. L. 72 §. 5 cit. u. Anm. 153); mit diesem, daß der dies legati bereits mit dem Tode des Erblassers cedirt (L. 5 §. 1 D. quando dies leg. 36, 2), der Legatar also — nur vorausgesezt den Erbschaftsantritt — jezt schon ein festes Recht auf den späteren Eigentumserwerb erhält.

Damit ist aber zugleich bewiesen, daß wir im betagten Vindicationslegat wirklich einen Fall jener zweiten bei der Vorwirkung möglichen Auffassung haben. Denn einerseits finden wir eine objective Gebundenheit der legirten Sache, wonach dieselbe den Keim in sich trägt, beim Eintritt des dies unmittelbar in das Eigentum des Legatars zu fallen [154]). Auf der andern Seite

---

hier eine Eigentümlichkeit ein. Denn da die Bedingung von der Art ist, daß man sie vor dem Tode des Legatars nicht als erfüllt betrachten kann, so lässt sich annehmen, daß der Verfügende, indem er noch ausdrücklich die Zeit des Todes erwähnte, nicht etwas Besonderes bestimmen, sondern nur das ausdrücken wollte, was sich eigentlich in Folge der Bedingung schon von selbst verstand. Es lässt sich m. a. W. die Zeitbestimmung als ein überflüssiger Zusaz, als bloser Teil der Bedingung betrachten. Nach dieser Auffassung muß dann aber mit der Bedingung notwendig auch die Zeitbestimmung hinwegfallen. Wegen dieser Eigentümlichkeit kann man daher im gegebenen Fall rechtlich halten („Potest dici"), daß die Mävia sogleich das Legat erhalten müsse. Diese Entscheidung passt aber eben auch nur für diesen besondern Fall (Non idem probatur etc.) Denn sezen wir, es wäre die Zeitbestimmung (dies certus — alius) oder die Bedingung eine andere (incertusve alius): so würden jene eigentümlichen Umstände nicht mehr zusammentreffen, und es könnte dann auf keinen Fall der Legatar das Eigentum vor Eintritt des dies erwerben. — Dieselbe Erklärung gibt schon Azo in glo. ad L. 72 §. 5 cit., ferner Cujacius ad h. l. (Opp. ed. Neap. t. IV. p. 491.)

154) Daraus folgt dann weiter, daß auch bei einem blos betagten Vindicationslegat Verfügungen des Erben, welche das Recht des Legatars

aber entspricht auch dieser Gebundenheit der Sache bereits ein Recht des Legatars auf den spätern Eigentumsübergang.

Daraus folgt: Wenn der Legatar zur Zeit, da er dies Recht erwarb (also hier zur Zeit des Todes des Erblassers) in fremder Gewalt stand, so bekommt nicht er, sondern der Gewalthaber an der legirten Sache das Eigentum (L. 9 §. 2 cit. vbd. mit L. 18 D. de R. J. 50, 17; L. 5 §. 7 D. quando dies legat. 36, 2)[155].

Wir können uns auch einen Fall denken, in dem die beiden möglichen Auffassungen zusammentreffen. Dies tritt nämlich ein, wenn etwa ein Vindicationslegat so ausgesezt wäre: „Titio post annum, quam Seius consul factus fuerit, fundum do lego.“ Hier wäre bis zur Erfüllung der Bedingung blos die Sache objectiv gebunden, mit der Erfüllung träte aber dieser objectiven Gebundenheit nun auch ein Recht des Legatars auf den spätern Eigentumserwerb gegenüber, und nach diesem Zeitpunkt (einfach eben immer dem dies cedens) müsste sich daher die Frage bemessen, an wen schließlich, ob an den Legatar selbst oder an dessen Gewalthaber nach Ablauf eines Jars das Eigentum kommen würde. 74. 3) Beide Auffassungen verbunden.

Gegen die ganze vorstehende Ausführung ergibt sich nur noch Ein, aber freilich sehr wesentliches Bedenken. Man könnte sich nämlich auf L. 11 §. 2 sqq. D. de donat. int. vir. et 75. Bedenken aus L. 11 §. 2 sqq. D. de don. int. vir.

---

beeinträchtigen würden, mit dem Eintritt des dies von selbst zusammenfallen müssen. Man glaube nicht etwa, Justinian erst habe dies in L. 3 §. 2, 3 C. comm. de legat. 6, 43 neu eingeführt. Just. hat in L. 3 cit. überhaupt nur gethan, was mit Notwendigkeit daraus floß, daß er aus jedem Vermächtniß ohne Rücksicht auf die gebrauchten Worte dem Vermächtnißnehmer ein dingliches Recht zuerkannt hatte. Damit war jedes Vermächtniß dem Wesen nach ein Vindicationslegat geworden, und Just. hat daher ganz folgerichtig die Säze, die früher blos bei dem Vindicationslegat gegolten hatten, nunmehr ganz allgemein auf alle Vermächtnisse übertragen. Vgl. Arndts im Rechtslexikon Bd. 6 S. 326 Anm. 376. (Ich muß dies, wenigstens für das bedingte und betagte Legat, troz der fast allgemeinen gegenteiligen Ansicht auch bezüglich der Ausschließung der Ersizung behaupten).

155) Uebrigens ist das betagte Vindicationslegat nicht der einzige Fall dieser Art. Es wird an einem andern Orte zu zeigen sein, daß bei jeder betagten Eigentumsübertragung, überhaupt jeder betagten Bestellung dinglicher Rechte (z. B. L. 4 D. de usufr. 7, 1) regelmäßig (denn s. das sogleich über L. 11 D. de donat. int. vir. et ux. zu Bemerkende) ein gleiches Verhältniß eintritt.

ux. 24, 1 berufen, welche jener doppelten Auffassung der Vorwirkung geradezu zu widersprechen scheint.

Inhalt der Stelle.

Auf die mannigfaltigen Fragen, die sich aus diesem interessanten Geseze ergeben, kann natürlich hier nicht näher eingegangen werden [156]. Der Inhalt der Stelle, soweit er uns angeht, ist klar und wesentlich folgender: Schenkungen Todes halber sind unter Ehegatten in doppelter Weise möglich. Einmal so, daß erst von dem Tode des Schenkers an das Eigentum auf den Beschenkten übergeht, zweitens aber auch so, daß beim früheren Ableben des Schenkers das Eigentum schon rückwärts von der Schenkung an als übergegangen betrachtet wird [157]. Es kann

156) Unter den Glossatoren wurde die L. 11 cit. sehr lebhaft verhandelt, seitdem aber ist sie einer genauern Besprechung nur äußerst selten gewürdigt worden. Sie verdiente aber gar wol alle Beachtung; für die Lehre von der Schenkung auf den Todesfall sind aus ihr noch Schäze zu holen.

157) Das Erste tritt ein, wenn die Absicht bei der Schenkung ausdrücklich darauf gerichtet war (L. 11 cit. §. 1; vgl. L. 15 fin. D. de manumiss. 40, 1), das zweite, wenn die Absicht auf sofortige Eigentumsübertragung ging. Bei einer gewönlichen Schenkung Todes halber wäre im leztern Falle der Beschenkte sogleich Eigentümer geworden, und beim Eintritt eines auflösenden Grundes, namentlich bei willkürlichem Widerruf von Seite des Schenkers wäre nur eine persönliche Klage, eine condictio auf Rückgabe statthaft. (Erst Ulpian in L. 29 D. de m. c. donat. 39, 6 (lib. XVII. ad Edict. — L. 11 cit. ist aus lib. XXXII. ad Sabin.) räumt bei derartigen Schenkungen T. h. und auch nur zögernd eine vindicatio ein, aber blos wenn der auflösende Umstand ausdrücklich als solcher gesezt war oder wenigstens als ausdrücklich gesezt behandelt werden kann (wie der frühere Tod des Beschenkten; hier gestattet schon der Name und Zweck des Geschäftes diese Behandlung.) Ist aber der auflösende Umstand nicht schon ausdrücklich als solcher gesezt, was denn besonders bezüglich des willkürlichen Widerrufs und namentlich unter Ehegatten der Natur der Sache nach nicht leicht vorkommen wird, so ist auch nach Ulpian nur eine persönliche Klage auf Rückgabe (condictio oder actio praescriptis verbis) zuläßig. S. L. 30 D. de m. c. don. und Savigny System Bd. 4 S. 256 Anm. f. Eine nähere Ausführung und Begründung ist natürlich hier, wo ich ohnedem schon abschweife, nicht möglich.) Der unmittelbaren Anwendung dieser Grundsäze auf Schenkungen T. h. unter Ehegatten stand das Schenkungsverbot im Wege. Es hätte diesem widersprochen, wenn der Beschenkte sofort definitives Eigentum erhalten hätte, so daß dem Schenker — besonders bei der

m. a. W. entweder eine Rückziehung oder eine blose Vorwirkung stattfinden. Die Folgen sind in beiden Fällen sehr verschieden. Dies zeigt sich z. B. bei der Tradition, die der Beschenkte vor des Schenkers Tode vornimmt (§. 9. l. cit.), ganz besonders aber, wenn der Beschenkte etwa zur Zeit der Schenkung in fremder Gewalt stand, beim Tode des Schenkers aber gewaltfrei ist. Handelt es sich nämlich um blose Vorwirkung, so bekommt der Beschenkte selbst das Geschenk (§. 2 sqq. l. cit.), während es bei der Annahme einer Rückziehung dem Gewalthaber zufallen würde[158]. Ueberhaupt ist in Fällen bloser Vorwirkung Alles so anzusehen, als ob die traditio erst im Augenblicke, da der Schenker stirbt, erfolgt wäre (§. 2 cit. verb.: „quia sui iuris effectus est eo

---

Zurücknahme der Schenkung — nur noch eine persönliche Klage offengestanden hätte. Das ging nicht, der Schenker musste immer eine vindicatio haben (Vgl. L. 52 §. 1 D. de don. int. v. et u. 24, 1 vbd. mit L. 9 §. 2 — L. 11 pr. eod. — Der praktische Unterschied zeigt sich besonders, wenn der Beschenkte inzwischen die Sache veräußert hat: L. 19, 37 §. 1 D. de m. c. d. 39, 6 vbd. mit §. 9 l. 11 cit.) Auf der andern Seite verdiente aber doch auch die Absicht der Parteien eine Beachtung. Den Ausweg fand man darin, daß man die Wirkung der Schenkung einstweilen im Ungewissen ließ. Starb der Schenker vor dem Beschenkten, ohne die Schenkung widerrufen zu haben, so zeigte sich nun rückwärts, daß der Beschenkte unmittelbar durch die Schenkung Eigentum erhalten hatte, im andern Fall war das Eigentum gar nie vom Schenker abgegangen. Es trat also, wie gesagt, eine Rückziehung ein. Vgl. L. 40 D. de m. c. d. 39, 6 mit L. 52 §. 1 D. cit. 24, 1 (beide aus Papinians Quaestiones); L. 11 §. 9, L. 20 eod. — Ein ähnliches Verfaren aus ähnlichen Gründen (weil der unmittelbaren Wirkung mit Vorbehalt des Widerrufs ein rechtliches Hinderniß im Wege stand. Vgl. L. 33 D. de manum. test. 40, 4) findet man in der schon oben angeführten L. 15 D. de manumiss. 40. 1.

158) Das Lezte ist in der Stelle zwar nicht ausdrücklich gesagt, geht aber aus deren ganzem Inhalte nicht minder deutlich hervor. Vielleicht sollte sogar durch die Worte: „emergunt vitia“ auf diesen Unterschied der Vorwirkung von den gewönlicheren Fällen der Rückziehung (Vgl. L. 40 D. de m. c. don. 39, 6; L. 20 D. de don. int. vir. 24, 1) hingedeutet werden. Doch ist zur blosen Bezeichnung dieses Unterschiedes, wenn sonst keine Abweichung von allgemeinen Grundsäzen einträte, der Ausdruck „vitium“ wol etwas zu stark, und ich bin daher geneigt, eine andere Deutung vorzuziehen, worüber Anm. 165.

tempore, ad quod traditio redigitur, id est, quum maritus moriebatur").

76. Unmöglichkeit der Annahme einer Besonderheit d. Schenkungen Todes halber unter Ehegatten.

Diese Stelle macht in der That manche Schwierigkeit. Denn nicht nur scheint es darin gerade als der eigentliche Unterschied zwischen Rückziehung und Vorwirkung hingestellt zu werden, daß bei dieser die Frage, wer erwerbe, sich nur nach dem Eintritt des spätern Umstandes bemesse, sondern man kann auch geltend machen, daß, wenn irgendwo, doch gewiß hier ein Fall jener zweiten Auffassung der Vorwirkung gegeben sein würde. Denn es handle sich hier ja nicht um eine einseitige Willenserklärung, sondern um ein zweiseitiges Rechtsgeschäft. Es sei daher wol nicht zu leugnen, daß man schon vom Augenblick der Schenkung an dem Beschenkten ein Recht zuerkennen müsse.

Gegen diese Gründe möchte man nur noch eine lezte Zuflucht für möglich halten: die Annahme einer Eigentümlichkeit bei Schenkungen unter Ehegatten, die ja auch sonst so manches Besondere haben. Allein ich kann es nicht leugnen, auch diese lezte Zuflucht ist durch die Geseze abgeschnitten. Denn deren nähere Betrachtung läßt uns leicht erkennen, daß wir es hier mit einem Saze zu thun haben, der für alle Fälle der Vorwirkung bei Schenkungen Todes halber ganz gleichmäßige Gültigkeit hat. Dies zeigt schon L. 11 cit. selbst. Die in §. 2 sqq. entwickelten Säze treten keineswegs als blose Besonderheit bei Schenkungen unter Ehegatten auf, sondern als ganz allgemeine Folgerungen daraus, daß hier keine Rückziehung stattfinde. Und auch das wird nicht auf eine Eigentümlichkeit, sondern einfach auf die Absicht des Schenkers zurückgeführt, daß erst bei seinem Tode das Geschenk in das Eigentum des Beschenkten übergehen solle (§. 1 leg. cit.). Dasselbe muß also bei jeder in gleicher Absicht gemachten Schenkung auf den Todesfall eintreten. Und dies erhält durch andere Stellen seine volle Bestätigung. So L. 15 D. de manumiss. 40, 1, wonach ein Sklave mortis causa zwar freigelassen werden kann, aber nicht so, daß daraus zu Lebzeiten des Herrn schon irgend eine Wirkung hervorginge. Vielmehr tritt erst mit des Freilassers Tod (sofern dieser seinen Willen nicht geändert hat) die Freiheit ein. Diesem Fall nun wird ganz gleichgestellt eine Schenkung Todes halber mit der Absicht, daß der Beschenkte erst beim Tode des Schenkers das Eigentum erhalten soll. Ferner L. 44 D. de mort. c. don. 39, 6. Diese Stelle bedarf einer etwas näheren Besprechung. Sie lautet so:

Paul. (lib. I Manual.). Si servo mortis causa donatum sit, videamus, cuius mors inspici debeat, ut sit locus condictioni, domini an ipsius servi. Sed magis eius inspicienda est, cui donatum esset; sed tamen post mortem ante apertas tabulas testamenti manumissum haec donatio non sequitur.

Es wird uns hier zweierlei gesagt. Einmal, daß bezüglich des Widerrufs der Schenkung nicht auf den Tod des Herrn, sondern nur auf den des unmittelbar Beschenkten, also des Sklaven zu sehen sei (vgl. L. 23 eod.). Zweitens, daß die Schenkung nicht an den Sklaven komme, wenn derselbe nach dem Tode des Schenkers[159]), wenngleich vor Eröffnung von dessen Testament freigelassen worden, woraus wir schließen können, daß er schon vor des Schenkers Tod freigelassen die Schenkung allerdings erwerben würde[160]). Es wird also m. a. W. auch hier wieder ausgesprochen, daß die Frage, ob der Freigelassene oder dessen früherer Herr erwerbe, lediglich nach der Todeszeit des Schenkers zu entscheiden sei[161]). Nur noch der Nachweis ist übrig, daß denn auch wirklich unsere Stelle von einer Schenkung handle, wobei der Beschenkte erst beim Ableben des Schenkers das Eigentum bekommen soll. Dem scheint nun der erste Teil der L. 44 cit. geradezu zu widersprechen. Denn indem hier von einer condictio die Rede ist, wird mittelbar gesagt, daß die Absicht auf sofortige Eigentumsübertragung nur mit dem Vorbehalt der Rückgabe beim früheren Tod des Beschenkten gegangen sei. Allein so aufgefasst leidet die Stelle an einem unheilbaren innern Widerspruch. Es ist nämlich nach allgemeinen Gründen nicht zu bezweifeln und geht überdies aus andern Stellen klar hervor[162]), daß bei einer Schen-

77. Besprechung der L. 44 D. de m. c. don.

159) Dies ist freilich nicht klar ausgesprochen, ergibt sich aber aus dem ganzen Zusammenhange der Stelle. So auch die Basiliken.

160) Die Glosse führt auch eine Lesart an ohne „non". Dem widerspricht aber nicht nur der Sinn, sondern auch ganz entschieden der Wortlaut der Stelle in den Basiliken.

161) Auch von Cujacius ad L. 23 D. de m. c. don. in tract. ad African. II. (Opp. ed. Neap. t. I. p. 1275) und schon in einem Scholion zu den Basiliken (ed. Heimb. t. IV. p. 613) wird der Grund, warum der erst nach dem Tode des Schenkers freigelassene Sklave die Schenkung nicht erhalte, ganz richtig dahin angegeben, weil er dieselbe im Augenblick des Todes bereits dem Herrn erworben habe. — Die Glosse ist hier durchaus unbefriedigend.

162) S. bes. L. 19 eod.: Si filiosamilias res mortis causa data fuerit,

kung Todes halber der leztgenannten Art der Erwerb im Augenblicke der Schenkung geschieht, folglich die Frage, ob derselbe dem Beschenkten selbst oder dessen Gewalthaber gemacht worden, nur nach der Zeit der Schenkung zu beurteilen sein kann.

Um diesen Widerspruch zu beseitigen und innern Zusammenhang in die Stelle zu bringen, bleibt meines Erachtens nur Ein Mittel. Wir müssen nämlich mit alten Ausgaben der Digesten statt „condictioni" — „conditioni" lesen [163]. Nach dieser Aenderung sagt L. 44 cit. zunächst einfach, bei einer Schenkung Todes halber an einen Sklaven sei bezüglich der Frage, ob die Bedingung eingetreten oder nicht (ut sit locus conditioni), lediglich der Tod des Sklaven, nicht aber der des Herrn ins Auge zu fassen. Aus dem zweiten Teil erfaren wir dann mittelbar, daß es sich hier um eine Schenkung handelt, wobei die Absicht nicht auf sofortige Eigentumsübertragung, sondern auf Eigentumsübertragung erst beim Tode des Schenkers gerichtet war.

78. Grund d. Entscheidungen in L. 11 cit. Das Ergebniß ist also ganz allgemein: Wenn bei einer Schenkung Todes halber die Absicht darauf geht, daß der Beschenkte nicht sofort, sondern erst beim Ableben des Schenkers das

---

et convaluisset donator, actionem de peculio cum patre habet. Vgl. auch L. 23 eod.

163) Diese Lesart findet sich z. B. in der Ausgabe von Bapt. de Tortis 1494—1502, und noch in einer Quartausgabe des corpus iuris mit der Glosse Lugd. 1600, wo als neuere Lesart „condictioni" angemerkt ist. — Uebrigens ist die Aenderung um so unbedenklicher, als sich leicht erklären läßt, wie der Abschreiber dazu kommen konnte, statt „conditioni" — „condictioni" zu sezen. Man bedenke nur, wie häufig im Titel de m. c. donationibus von der condictio die Rede ist. Ganz unabweisbar aber schien der Zusammenhalt mit L. 23 eod., mit der unsere L. 44 so viel unverkennbare Aehnlichkeit hat, auch in der leztern „condictioni" zu fordern. — Die Basiliken geben uns keine sichern Anhaltspunkte. Sie sagen einfach: Ἐὰν δωρήσωμαι δούλῳ θανάτου αἰτίᾳ, ὁ θάνατος αὐτοῦ σκοπεῖται id est: Si servo mortis causa donavero, mors eius inspicitur. Indessen liegt vielleicht schon in dieser Ausdrucksweise eine Hindeutung auf die oben angenommene Lesart. Denn während die Weglassung des ziemlich überflüssigen: „ut sit locus conditioni" sehr begreiflich ist, so wäre man über eine Erwähnung der condictio wol kaum so leicht hinweggegangen, — ein Schluß, zu dem wir namentlich durch den Wortlaut der L. 23 cit. in den Basiliken (ἁρμόζει μοι ἡ ἀνάληψις) ziemlich berechtigt sein dürften.

Eigentum erhalten soll: so ist auch erst nach diesem Zeitpunkt die Frage zu bemessen, wem dasselbe, ob dem Beschenkten oder dessen Gewalthaber zufalle. Hienach bekommen denn nun jene Gründe gegen unsere zweifache Auffassung der Vorwirkung ein doppeltes Gewicht. Dennoch glaube ich nicht, daß wir genötigt sind, diese Auffassung aufzugeben. Denn lässt sich nicht das Verhältniß bei der Schenkung Todes halber doch vielleicht so erklären, daß hier eben auch nur die erste mögliche Seite der Vorwirkung auftritt? Dies wird aber bei näherer Betrachtung zur großen Wahrscheinlichkeit wo nicht Gewißheit.

Wird eine Sache Todes halber mit der Absicht geschenkt, daß sie erst beim Tode des Schenkers in des Beschenkten Eigentum fallen soll, so ist allerdings die Sache objectiv gebunden insofern, als keinen Widerruf der Schenkung durch den Schenker vorausgesezt, mit dessen Ableben der Eigentumsübergang nun ohne weiteres erfolgt. Allein eben weil der Schenker in jedem Augenblicke die Schenkung willkürlich zurücknehmen kann, lässt sich einstweilen von einem Rechte des Beschenkten noch nicht sprechen. Ein solches kann man dann erst annehmen, wenn wirklich der Schenker ohne Willensänderung gestorben ist. Es ist also die Sachlage rechtlich so, als ob die Schenkung gleichsam jezt erst endgültig geschehen, jezt erst die Sache eigentlich veräußert worden wäre [164]. Demnach kann denn auch die Frage, ob der Be-

---

164) Vgl. L. 11 §. 2 D. de don. int. vir.: „quia sui iuris effectus est eo tempore, ad quod traditio redigitur, id est, quum maritus moriebatur.“ — L. 15 fin. D. de manum 40, 1: „quemadmodum quum rem ita tradiderit, ut moriente eo fieret accipientis, quae ita demum alienatur, si donator in eadem permanserit voluntate.“ — Es ist vielleicht sogar besser, hier gar nicht einmal von einer objectiven Gebundenheit der Sache zu reden, sondern sich das Verhältniß so zu denken: Während der Schenker noch lebt, besizt der Beschenkte einstweilen die Sache nur precario, im Augenblicke, da der Schenker stirbt, wird dann aber eine stillschweigende traditio brevi manu angenommen. Danach würde ganz eigentlich die Veräußerung erst beim Ableben des Schenkers vor sich gehen, und sowol die Ausdrucksweise obiger Stellen als die in L. 11 cit. entwickelten Säze erhielten eine noch viel einfachere Erklärung. (Vgl. bes. L. 11 §. 7.) Uebrigens bliebe immer noch eine Besonderheit und eine große Annäherung an das Legat darin, daß man beim Tod des Schenkers eine solche stillschweigende Tradition annahm, während doch der Beschenkte vielleicht vom Ableben des Schenkers gar

schenkte selbst oder dessen Gewalthaber das Geschenk erwerbe, nur nach der Todeszeit des Schenkers, wie bei leztwilligen Zuwendungen, beurteilt werden [165]).

Diese Annäherung an die Vermächtnisse ist aber um so begreiflicher, als ja auch in vielen andern Punkten die Schenkungen Todes halber den leztwilligen Verfügungen gleichgestellt wurden [166]). Namentlich musste man auf solche Gleichstellung bei der Gattung derselben kommen, wobei das Eigentum erst mit des Schenkers Tod dem Beschenkten zukommen soll. Denn hier ist offensichtlich das Verhältniß dem bei Legaten eintretenden ganz auffallend ähnlich [167]).

---

keine Kunde hat. Und so konnte man allerdings sagen, daß hier eigentlich, wie beim Vindicationslegat, Eigentum unmittelbar ohne Tradition erworben werde (denn die frühere Tradition war ja nicht auf Eigentumsübertragung gerichtet.) Damit scheint sich mir denn nunmehr die berüchtigte L. 2 D. de Publ. act. 6, 2 sehr einfach zu erklären.

165) Vgl. auch Donellus ad L. 78 pr. D. de V. O. Nro. 8. (Opp. Lucae 1767 t. XI. p. 1302). Dadurch unterscheiden sich nun die Schenkungen T. h. dieser Art sehr auffallend von allen andern Geschäften unter Lebenden, bei denen sonst die obige Frage immer nach dem Augenblicke des Geschäftsabschlusses — weil jezt schon ein Recht auf den spätern Eigentumserwerb begründet wird — entschieden werden muß (Vgl. ob. Anm. 155). Und dieser Unterschied ist es wol, diese gegenüber allen andern Geschäften unter Lebenden bei Schenkungen T. h. eintretende Unregelmäßigkeit und Eigentümlichkeit, worauf Ulpian in L. 11 §. 2 cit. durch den — immerhin etwas schwülstigen und gesuchten — Ausdruck: „emergunt vitia“ hindeuten will. (S. oben Anm. 158). Ein ähnlicher Gedanke schwebt auch der Glosse vor, indem sie sagt: „Emergunt vitia“ i. e. vitiantur quaedam regulae. Primo illa: quia non inspicitur tempus contractus, cui quaeratur, quod fieri debet secundum regulam L. si filius (78 pr.) D. de V. O. — — Sed quaeritur, quare vitiantur? Resp. quia licet donatio causa mortis sit contractus vel pactum, tamen habet instar legati etc.

166) Vgl. §. 1 J. de donat. 2, 7; L. 4 C. de m. c. donat. 8, 57; L. 15, 17, 37 pr. D. de m. c. don. 39, 6 etc. — Savigny System Bd. 4 §. 173.

167) Ich bin sogar geneigt zu glauben, daß der ganze Streit über die Natur der Schenkung Todes halber, von dem uns Justinian in L. 4 C. cit. 8, 57 und §. 1 J. cit. 2, 7 berichtet, sich nur auf die eben besprochene Art derselben bezog. Denn bei der andern Art, bei welcher

Kommen wir nun schließlich wieder auf unsern Ausgangspunkt zurück, so haben wir gefunden: Bei der Rückziehung ist hinsichtlich der Frage, ob das Eigentum dem Erwerber selbst oder dessen Gewalthaber zufällt, immer nur der Zeitpunkt zu beachten, auf den beim Eintritt des entscheidenden Umstandes der Erwerb zurückbezogen wird. Bei der Vorwirkung dagegen müssen wir unterscheiden. Handelt es sich einstweilen nur um die objective Gebundenheit einer Sache, so bemisst sich jene Frage nach dem Eintritt des entscheidenden Umstandes; steht aber der Gebundenheit der Sache bereits das Recht einer Person auf den spätern Eigentumsübergang gegenüber, so ist sie nach der Zeit, da dies Recht erworben wurde (also regelmäßig der Zeit des ursprünglich den spätern Eigentumsübergang begründenden Ereignisses) zu entscheiden. Man kann demnach, wenn in einem Falle unsere Frage nach dem Zeitpunkte des späteren, entscheidenden Umstandes beantwortet wird, mit Sicherheit **gegen** die Rückziehung, aus deren Beurteilung nach der Zeit jenes ersten Ereignisses aber noch nicht mit Sicherheit **für** die Rückziehung schließen. 79. Ergebniß.

unmittelbar Eigentum überging und nur eine condictio auf Rückgabe statthaft war, lag die Natur als Rechtsgeschäft unter Lebenden zu sehr auf der Hand, als daß ein Zweifel möglich gewesen sein sollte. Möchte doch dieser wichtige Gegenstand bald geschicktere Bearbeitung finden! — Uebrigens weist uns **Paulus** in L. 44 cit. 39, 6 sehr deutlich auf die Aehnlichkeit mit den Legaten hin durch die Bemerkung, daß der beschenkte Sklave das Geschenk nicht selbst erwerbe, wenn er erst nach des Schenkers Tod, wenngleich **vor der Eröffnung von dessen Testament** freigelassen worden. Denn bei Legaten cedirte bekanntlich seit der Lex Julia et P. P. der dies erst mit der Testamentseröffnung. Man hätte daher eben wegen der vielfachen Uebereinstimmung zwischen Legaten und jener zweiten Art der Schenkungen T. h. leicht verführt werden können, die genannte Bestimmung auch auf derartige Schenkungen Todes halber anzuwenden, d. h. erst mit der Testamentseröffnung den Erwerb auf Seite des Beschenkten eintreten zu lassen. Diesen Zweifel will Paulus beseitigen.

Schluß.

80. Die vorliegende Schrift will eine Vorarbeit für die Erörterung der Lehre von der Rückziehung der Bedingung liefern. Fragen wir daher zum Schlusse: Was ist durch die vorstehenden Ausführungen für diese Lehre gewonnen? Der Gewinn ist ein mehrfacher.

Gewinn für d. Lehre von der Rückziehung d. Bedingung.

Einmal haben wir gefunden, daß die Rückziehung im römischen Recht nicht etwa eine große Seltenheit, etwas ganz Außerordentliches ist, sondern daß eine Rückziehung sehr vielfach und bei sehr wichtigen, in das Rechtsleben tief eingreifenden Verhältnissen anerkannt wird. Dadurch muß schon von vornherein der Gedanke an eine Rückziehung bei den Bedingungen viel von dem Befremdenden verlieren, das man häufig darin erblickt.

Zweitens, und das ist von größerer Bedeutung, haben wir das wahre Wesen der Rückziehung kennen gelernt und damit gesehen, wie man sich auch bei den Bedingungen die Rückziehung zu denken hätte. Da nämlich überall die Rückziehung nur als Beseitigung einer Ungewißheit durch die Gestaltung eines spätern Umstandes erscheint, so dürften wir auch bei Bedingungen nicht, wie gewönlich geschieht, sagen: erst die Erfüllung der Bedingung bringe das betreffende Rechtsverhältniß zur Entstehung, sie sei das eigentlich Wirkende, und es werde dann nur die Wirkung als bereits rückwärts vorhanden angenommen. Vielmehr könnten wir im Eintritt der Bedingung juristisch nur den Erkennungsgrund sehen, der uns zeigte, daß eine andere, in der Vergangenheit liegende Thatsache wirkend oder vorhanden gewesen ist. Es müßte auch hier der Ausspruch des Paulus in L. 98 §. 3

D. de solut. 46, 3 zutreffen: Utique quid fuerit, eventus declarat; estque et hoc ex his, quae postfactis, in praeteritum quid fuerit, declarant. Von dieser Auffassung müssten selbst Diejenigen ausgehen, welche in der Rückziehung der Bedingungen eine Eigentümlichkeit des römischen Rechtes, eine reine Rechtsdichtung erblicken wollten. Denn auch unter den oben beispielsweise angeführten Fällen der Rückziehung haben wir mehrere getroffen, in welchen die Rückziehung entschieden auf einer Rechtsdichtung beruht. So bei dem ius postliminii und der fictio legis Corneliae, so auch bei dem peculium castrense und der dominii impetratio von Seite des Pfandgläubigers. Dennoch wird, wie wir gefunden haben, die Rückziehung auch in diesen Fällen immer nur als Verschwinden einer Ungewißheit, eines Zweifels dargestellt. Es ist in allen Fällen der Rückziehung der entscheidende Umstand juristisch nicht das Erzeugende, dessen Erzeugniß gleichsam durch Zauberkraft sein Dasein bereits in die Vergangenheit erstreckte, sondern nur das Bezeugende, das uns über die wahre Natur eines früheren Zustandes Aufschluß gibt. — Man halte dies nicht für leere Wortklauberei, bei der für die Wissenschaft im Wesentlichen nichts herauskäme! Vielmehr ist die richtige Auffassung dieses Punktes von der alleräußersten Wichtigkeit. Ohne sie wird man nie zu einer klaren Einsicht in das Wesen bedingter Rechtsverhältnisse gelangen, die doch in den ganzen Rechtsbau so tief und mannigfach verzweigt sind. Wie aber überhaupt Körper und Geist, Begriff und Anwendung in innigster Wechselbeziehung stehen, so wird der Mangel richtiger Einsicht auch auf das Rechtsleben nicht ohne nachteiligen Einfluß bleiben.

Drittens ist uns mit der genaueren Bestimmung des Wesens der Rückziehung deren Unterschied von einem ähnlichen und regelmäßig von ihr gar nicht geschiedenen Verhältnisse zum Bewusstsein gekommen. Dies ist für die Rückziehung der Bedingungen ebenfalls nicht ohne Bedeutung. Denn sollten wir etwa bei den Bedingungen keine Rückziehung finden, so bliebe uns ersichtlich nur noch dies andere Verhältniß, die Vorwirkung übrig, wie sie denn in der That der neueste Schriftsteller über die Wirkung der erfüllten Bedingung bereits angenommen hat.

Dazu kommt viertens ein negativer Gewinn. Es wurde nämlich gezeigt, daß wenigstens bei Einer Art bedingter Rechtsgeschäfte, hinsichtlich des Erwerbes bedingter Vermächtnisse nämlich, keine Rückziehung sondern blose Vorwirkung eintritt. Und

dieser Punkt ist, wie ich glaube, aus den Quellen ganz unwiderleglich nachgewiesen worden.

Fünftens endlich haben wir auch die verschiedenen Wirkungen der Vorwirkung und Rückziehung kennen gelernt. Damit haben wir aber nicht nur gesehen, welche Folgen die Rückziehung auch bei den Bedingungen haben müßte, sondern wir haben uns zugleich zur Beantwortung der Frage, ob wirklich unsere Quellen eine Rückziehung der erfüllten Bedingung annehmen, die untrüglichsten Anhaltspunkte verschafft.

Auf diesen Grundlagen wird sich die Lehre von der Rückziehung der Bedingung mit aller Sicherheit aufbauen lassen.

Quellenverzeichniß.

Ein beigefügtes A bedeutet, daß sich die Stelle in den Anmerkungen befindet; ganz oder teilweise abgedruckte Stellen sind durch ein der Seitenzal vorgesetztes *, genauer besprochene durch ein † bezeichnet.

I. Vorjustinianische Quellen.

II. Justinianische Quellen.

1) Institutiones.

3) Codex.

III. Nachjustinianische Quellen.

Basilica.

Verzeichniß der erheblicheren Druckfeler.

S. 12 Z. 18 v. o. lies nun erst statt nur erst.
„ 16 „ 10 v. u. „ Gai. II. 91, 92; statt Gai. III. 91, 92.
„ 33 in der Anm. Z. 7 statt Veräußerungsgebot lies Veräußerungsverbot.
„ 38 Z. 4 des Textes v. u. statt Sprachweise lies Sprechweise.
„ 39 Z. 3 statt besagten lies betagten.
„ 50 Anm. 83 Z. 1 statt ex heredavero lies exheredavero.
„ 52 am Rande statt Einige lies Einzelne.
„ „ in der Anm. Z. 2 statt Lehre der lies Lehre von der.
„ 55 Z. 11 statt vorhanden lies rechtlich vorhanden.
„ „ in der Anm. Z. 2 v. u. statt zugleich lies sogleich.
„ 56 Z. 9 statt hac lies hoc.
„ 60 Anm. 93 Z. 6 statt Sprachweise lies Sprechweise.
„ 66 Z. 7 v. u. statt Gersterding lies Gesterding.
„ 69 Z. 15 v. o. lies orcini statt arcini.
„ 70 in der Anm. Z. 4 v. o. schalte nach transfertur ein „ad eum, qui accipit, tale transfertur."
„ 71 Z. 3. des Textes v. u. lies den statt denn.

Fitting, Hermann

Über den Begriff der Rückziehung Habilitationsschrift

Erlang. 1856